



باب الشفعة ١٣

١٤٠	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب	٩٢١	الشفعة والخصومة فيها
٩٨	باب ما تبطل به الشفعة	٩٣٠	الشفعة في الاختلاف
	فصل	٩٣٣	فيما يؤخذ به المشفوع
	مسألة متفرقة	٩٣٦	الشفعة

باب حمة

٩٦٧	الابنة	فصل	الابنة
	فصل	فصل	فصل



٩٢	باب المزارعة	كت	كت
١٠٨	باب المهادنة	كت	كت
١١١	باب المهادنة	كت	كت

فيما يحل اكله وما لا يحل

كتاب الاكل والشرب

كتاب الكراهية

فصل في الاستبراء وغيره	١٠٤٦	فصل في الاكل والشرب	١٠٤٦
فصل في السبع	١٠٤٣	فصل في اللبس	١٠٤٣
مسائل متفرقة	١٠٤٩	فصل في الوطء والنظر والمس	١٠٤٩

كتاب احياء الموات

فصل في الدعوى	١١٠٢	ل في مسائل السرب	١١٠٢
والنصرف	١١٠٤	فصل في المياه	١١٠٤
		ل في كرى الانهار	١١٠٤

كتاب شربة

١١٢٨ طبخ

كتاب الصيد

١١٣٠	فصل في الرمي	١١٣١
------	--------------	------

١١٥٢ باب الرهن

باب التصرف في الرهن والحداثة عليه وجنابته	باب ما يجوز ارتكابه
١١٥٥ على غيرة	١١٧١ وما لا يجوز
١٢٢٩ فصل	١١٩٢ فصل
	باب الرهن الذي يوصع
	١١٩٦ على يد المعدل

١٢٣٠ باب الجنائيات

١٢٧٠ فصل	باب ما يوجب العصاص
١٢٧٩ فصل	وه لا يوجب
١٢٩٠ باب الشهادة في القتل	١٢٦٣ فصل
١٢٩٤ باب في اعتبار حاله القتل	١٢٦٥ باب العصاص ويمادون النفس

١٢٩٧ باب الديات

١٣١٢ فصل	فصل في ما دون النفس
١٣٢٥ فصل	فصل في الشجاج

باب ما يحدثه الرجل في الطريق ١٣٣٠	فصل في جنابة المدبر وام الولد ٥
فصل في الحائط المائل ١٣٤٢	باب غصب المدبر والمدبر
باب جنابة البهيمة والجنابة عليها ١٣٤٨	والصبي والجاءة في ذريته ٨٧
باب جنابة المملوك والجنابة عليه ١٣٦١	باب ١
فصل ١٣٧٨	

كتـ اب المعاقل ١٤١٣

كتـ اب الوصايا ١٤٢٧

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه	باب الوصية للأقارب وغيرهم ١٤٦٦
وما يكون رجوع عنه ١٤٢٧	باب الوصية بالكنى
باب الوصية بثلاث المال ١٤٣٠	والخدمة والدية ١٤٧٤
فصل في اعتبار حالة الوصية ١٤٤٤	باب الوصية بالدمي ١٤٨٢
باب العتق في مرض الموت ١٤٤٧	باب الوصية بما يملكه ١٤٨٦
فصل ١٤٦٢	فصل في الشهادة ١٤٥١

كتـ اب النخذه ١٤٥٣

فصل في بيانه ١٤٥٣	فصل في احكامه ١٤٥٤
-------------------	--------------------

مستـ ائل بشتي ١٤١٤

تم فهرس الجلد الرابع من الهداية

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت به لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع * **قال** الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار اذ هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء واذا الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريتهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبة قيل يا رسول الله ما سقبة قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود

كتاب الشفعة

هي تملك البتعة بداء قام على المشتري بالشركة والجوار وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت به لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع **قوله** ينتظر له ان كان غائبا فان قيل المراد به احق بها عرصا عليه البيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي عليه السلام جعله احق على الاطلاق فيكون احق به قبل البيع وبعده وتوله ينتظر تفسير لما انتظمه كلمة احق **قوله** اذا كان طريتهما واحدا المراد به جار هو شريك في الطريق وينبت الحكم في الشرب (دلالة)

(كتاب الميراث)

وصرفت الطرق فلا شفعة ولا نحق الشفعة معدون ^{بهم} عن سنن القياس لما فيه من تملك ثم
المال على الغير من غير رضا وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤلف
القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ^{انما الجار} لان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال
تأيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بحدود الشرع وهذا لان الاتصال

دلالة لان الشفعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وتدو جددت في الشرع
وقال ^{١١١} بي رحمه الله لا شفعة بالجوار لفوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فان اوتعت
وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا يقتضي ان حنس الشفعة فيما لم يقسم ان لا
واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في روايته انما السعد ^{١١٢} لم يقسم واحدا
لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه *

قوله وصرفت الطرق اي جعل لكل قسم طريق على حدة **قوله** لان مؤلف القسمة تلزمه
في الاصل اي في فصل الشركة دون الفرع وهو الجوار **قوله** ولنا ما روينا ^{١١٣} راد به قوله عدم الجوار
احق بسبقه وفي ما روي بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفى الحكم
فيما عداه وانما قد يقتضي تأكيد المذكور لا نفى غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر وآخرو
الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به نفى الشفعة الباتة بسبب الشركة عملا به راد به قوله عداه
فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فكان الموضع موضع اشكال لان
في القسمة معنى المبادلة وربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله عليه السلام
انه لا يستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر هناك ليس بسبب اتصال
الملك فلا يستحق دفعه لحق الملك فان الشفعة حق الملك فيستحق به دفع ضرر باحتنه بسبب
اتصال الملك **قوله** اتصال تأيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر السرار احتراز
عن المشتري شراء فاسداً فانه لا قرار له اذ الواجب النقص دفعا للنسار **قوله** عند وجود المعاوضة
بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة ^{١١٤} مهرا *

(قوله)

ولي هذه الصفة انما انتصب سببها فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف
 وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطه آباءه
 اقوى و ضرر التسمية مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله
 عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع
 والحائط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه
 في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرانق الملك والترجيح يتحقق بقوة
 السبب ولان ضرر التسمية ان لم يصلح علة صلح مرجحا * ^{سابع}

قال وبسبب الشريك في الطريق والشرب والجوار شععة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم *

قال فان سلم فالشععة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا
 الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رح ان مع
 وجرد الشريك في الرقبة لا شععة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب
 تنزوي في حق الكال الا ان للشريك حق التقدم فاذا سام كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

قوله على هذه الصفة اي اتصال تايد وقرار **قوله** اذ هو مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار

وهو منع ضوء النهار باعلاء الجدار **قوله** وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى جواب اشكال وهو

ان بنال الشفيع ان يتضرر بالدخيل فالدخيل يتضرر به ايضا لملك الشفيع ماله عليه فاجاب

بان دفع هذه المادة بتملك الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطه آباءه اقوى

قوله وضرر التسمية مشروع جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان مؤنة التسمية تلزمه

في الاصل يعني ان ضرر التسمية ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا وصار حقا عليه لا يصلح

عاه لئلا يتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه وانما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعا

قوله والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة احتراز به عن الجار المقابل

قوله وبابه في سكة اخرى احتراز عما اذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذا الدار * (قوله)

(كتاب الشفعة)

والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا

قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين . ما
اي مع ارضه لان الشركة في البناء المجرى لا يوجب الشفعة وصورة الترتيب في الشفعة منزل
مشارك بين اثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل
فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار احق بالشفعة من الشركاء في السكة لانهم
امس قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق بالشفعة للشركة في الطريق فان
سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى **قوله** وهو مقدم
على الجار في المنزل اي الشريك في منزل معين من الدار او جدار معين منها مقدم
على الجار في المنزل وفي المغني ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق
ان لا يكون شريكا في الارض الذي هو تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما اما اذا كان
شريكا فيه لا يكون مؤخرا بل يكون مقدما وصورة ذلك ان يكون ارض بين اثنين
غير مقسومة بنيا في وسطها حائطا ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحت الحائط
من الارض مشتركا بينهما فكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع اما اذا اقتسما الارض قبل بناء الحائط
وخطا خطا في وسطها ثم اعطى كل واحد منهما شيئا حتى بنيا حائطا فكل واحد منهما جارا لصاحبه
في الارض شريك في البناء لا غير والشريك في البناء لا يوجب الشفعة **قوله** وكذا على الجار في
بقية الدار اي كما هو مقدم على الجار في المنزل كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار وذكر
القدوري ان الشريك في الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة .
عند محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله فيكون مقدما (على)

والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا
 عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عن ابي يوسف رحمهما الله ان الخاص ان يكون نهرا يسقي منه قراحا
 او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تنسحب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
 فبيعت دار في السفلى فلاهاها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين
 والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغيرا خذ منه نهر اصغر منه
 على الجار في كل المبيع وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهما الله يستحق الشفعة في الحائط
 بحكم الشركة ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جار آخر سياتي *

قوله والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه
 السفن فهي شركة عامة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمهما الله الخاص
 ان يكون نهرا يسقي منه قراحا او ثلثة او بستانا او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح
 من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا بناء وفي الذخيرة وعامة المشايخ على
 ان الشركاء في النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير
 لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة
 وبعضهم بمائة وبعضهم باربعمائة وبعض مشايخنا قالوا اصح ما قيل فيه انه مفوض الى رأي
 كل مجتهد في زمانه ان رآهم كثيرا كانوا كثيرا وان رآهم قليلا كانوا قليلا فان كانت سكة غير نافذة
 تنسحب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة اي المنشعبة مستطيلة احتزبه عن المستديرة فان
 الشفعة فيها لاهل السكتين **قوله** فبيعت دار في السفلى اي في المنشعبة فلاهاها الشفعة خاصة اي
 لاهل المنشعبة دون العليا لانه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور وليس لهم ان يفتحوا فيها بابا فكانت
 كالمملوكة لاهلها بخلاف السكة الواحدة اذا بيعت دار في اقصاها كانت الشفعة بين اهل السكة
 الواحدة وان لم يكن لاهل الاعلى حق المرور في الاقصى لان السكة اذا كانت واحدة والطريق
 فيها واحد فلذلك فيها شركة من اول السكة الى آخرها الا ان شركة البعض اكثر والنجس لا يقع بالكثرة
 على ما عرف **قوله** وان بيعت في العليا فلاهل السكتين لان لاهل السفلى حق المرور فيها (قوله)

(كتاب الشفعة)

فهو على قياس الطريق فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفع شركة ولكنه شفع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجدوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها التكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والخدمة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه

قوله فهو على قياس الطريق فيما بيناه وهو قوله فان كانت سكة غير نافذة تنسحب منها سكة غير نافذة الى آخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال علي قياس الطريق يعني لوبيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطية العظمى **قوله** جار لما بينا ان العلة هي الشركة في العقار فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكا في الدار **قوله** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء بانه دار بين ثلثة لا حدهم نصفها ولا خريلتها ولا خر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشفص المبيع بينهما عند الشافعي رح اثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما ارباعا وعندنا قضى بينهما نصفان في الكل وكذلك على اصلها اذا بيعت ولها جاران جار من ثلثة جوانب والآخر من جانب واحد وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان **قوله** فاشبه الربح فان الشريكين اذا اشتريا شيئا بخمسة عشر درهما مثلا ومال احد هما خمسة ومال الآخر عشرة ثم باعاه فربح ثلثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب الخمسة لان الربح تبع للمال فكان بينهما على قدر رأس مالهما والعلة بان كان حائزيت بينهما اثلاثا فغلته ايضا يكون بينهما اثلاثا *

(قوله)

لوا نفرده واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال يؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا تجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو استقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عدد هم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيباً يقتضي بها بين الحضور على عدد هم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي لحاضر الجميع ثم حضر آخر يقتضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية فأوسلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء *

قوله لوا نفرده واحد منهم استحق كل الشفعة يعني ان صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان يأخذ الكل بالاتفاق كما لو باع صاحب القليل كل لصاحب الكثير ان يأخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فانما اجتمع في حق صاحب الكثير علة وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل الا ترى ان احد المدعين لو افام شاهدين والاخر عشرافهما سواء وكذلك لو ان رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات استويا في حكم القتل والترجيح لفرة في الدليل كالشربك يرجح على الجار وكجز الرقبة مع جرح الآخر فان حكم القتل يضاف الى الجار لا الى الجرح بالاتفاق لا بكثرته لان ما يصلح علة بانفراد لا يصلح مرجحاً لان عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعاً بالراجح وههنا حق صاحب القليل لا يطل اصلاً فعرفنا انه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة **قوله** و تملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ما كنهه اي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك كالباب له ان يملك جارية ابنه ولا يعد من ثمرات ملكه **قوله** بخلاف الثمرة واشباهها فانها متولدة من العين فينولد بقدر الملك اما تماك ملك غيره فلا يتولده من ما كنه فكيف يجعل كالثمرة والابن والولد (قوله)

قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده الا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه
والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى
بشروط البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذب به *
قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب الموائبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد
من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج اليه لانه
طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد **قال** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري ارحم بها
الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي
كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره
المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجانب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخصام

قوله لان سببها هو الاتصال على ما بيناه وهو قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب
سببها فيه لدفع ضرر الجوار فعند عامة المشائخ سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالبيع
وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة الى ان كلاهما
سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها نانيا
بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق
الشفعة لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان الشفعة علة لوجوب الشفعة لان حق
لوسلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة
وحدها يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا ترى ان الابرار
عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز فعلم بهذا ان الشركة وحدها ليست بعلة
والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت
الملك في البقعة بالشفعة بالقضاء والرضاء **قوله** ويظهر فائدة هذا اي فائدة توقف الملك
في الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشتري الدار الى الشفيع او حكم الحاكم * (قوله)

لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب الموائمة وهو ان يطلبها كما علم

قوله لا يورث عنه في الصورة الاولى وهي ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف يورث عنه **قوله** وتبطل شفعته في الثانية وهي ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل ان يأخذها فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم **قوله** ولا يستحقها في الثالثة وهي ما اذا بيعت دار بجانب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها والله اعلم *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قوله اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب الموائمة سميت به تبركاً بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يشب هو الذي يسرع في طي الارض به شبه **قوله** وهوان يطلبها كما علم اي على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن وذكر في المبسوط واذا علم بالبيع وهو بمحض من المشتري فالجواب واضح ان يطلبها وكذلك ان كان بمحض من الشهود ينبغي له ان يشهدهم على طلبه وكذلك لو لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد ولا اشهاد لمخافة الجحود فينبغي له ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وذكر في شرح الاقطع وانما يفعل ذلك اي يطلب وان لم يكن عنده احد لئلا يسقط فيما بينه وبين الله تعالى *

(قوله)

(كتاب الشفعة باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما بينا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن وانبها
ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله وفي وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعة وعلى هذا عامة
المشائخ رح وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية أخذ
الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع
الحمد لله ولا حول ولا قوة الا بالله اوقال سبحان الله لا تبطل شفعة لان الأول حمد على الخلاص
من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضرامه والثالث لإفتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض
وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض
دون بعض والمراد بقوله في الكتاب شهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموانبة والأشهاد به
ليس بلازم إنما هو لنفي النجاحد والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي رح ويصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها اوانا طالبها لان الاعتبار للمعنى

قوله حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت الشفعة لما بينا وهو قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض
فلا بد من الأشهاد وقال ابن أبي ليلى ان طلب إلى ثلثة ايام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة
يوم حين سمع وقال شريك هو على شفعة ما لم يبطلها صربحا ودلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة
قوله لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة فان لها الخيار ما دامت في مجلسها والجامع
حاجة الرأي والتأمل ولان الشرع اوجب له حق التملك ببدل ولو اوجب البائع له ذلك
باجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله **قوله** ولو قال بعد ما بلغه البيع
الحمد لله إلى قوله لا يبطل شفعة هذا على رواية ان له مجلس العلم **قوله** لان الاعتبار للمعنى
ظاهر قوله طلبت الشفعة اخبار عن الطلب في الزمان الماضي وانه كذب والكذب لا عبرة به
فكانه لم يطلب وكذا اذا قال اطلبها لأنه عدة الا انه في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال
لان الخبر عن امر ماض او مستقبل حتى ان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله
الرساقي قال اذا سمع بيع ارض يجنب ارضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا (قوله)

قال وان بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند أبي حنيفة رح وقال لا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حر كان او عبدا صبيّا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخوانه فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أُخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لا ثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب

قوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخوانه فيما تقدم اراد به ما ذكره في اواخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي و اراد باخوانه المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر **قوله** والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لا ثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البائع او المشتري او الدار وطلب طلب الموائبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى الظهيرية وان قصد الا بعد من هذه الاشياء الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جملة في مصر واحد فالتياس ان يبطل شفعته وفي الاستحسان لا يبطل لان نواحي مصر جعلت كناية واحدة حكما ولو كانوا في مكان واحد حقيقة وطلب عند احدهم وترك الطلب عند الآخرين ليس انه يصح طلبه كذا عهنا امالو كان الشفيع بحضرة احد هؤلاء الثلاثة والآخرون في مصر آخرون في رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقصد الا بعد وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصر آخرون رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عند الاقرب فقد ترك الطلب مع الامكان فيبطل (قوله)

ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان الاول اليد والثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما ان لا يدل له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شيعتها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهد واعلى ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديد يده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفية من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه اذا تركها من غير عذر وعند ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رح انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة ابداً يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذاً ونقصه من جهة الشفيع فتدراة بشهر لانه اجل ومادونه عاجل على ما امر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة رح وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق

قوله ثم ينهض منه اي يقوم ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده واما اذا لم يكن المبيع في يده ذكر ابو الحسن القدوري والناطقي انه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام انه صحيح استحسانا وهكذا ذكر الشيخ الامام احمد الطوايسي **قوله** ووجه قول ابي حنيفة رح وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى عليه الفتوى على قول محمد رحمه الله ان طول المدة مقدر بشهر وهكذا ذكر ايضا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله تعالى *

(قوله)

وما ذكر من الضر وشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا بعد القاضي فكان عذرا **قال** واذا تقدم الشفع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه إقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعى قبل ان يقبل ^{بطلب الشفعة} على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقها فصار كما ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شبعها بداري فلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف رح وذكر في بعض الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمفرد *

قوله وما ذكر من الضر وشكل بما اذا كان غائبا فان قيل لا يشكل لان حالة الغيبة انما لا يبطل دفع الضرر الشفع ودفع ضرر الشفع مقدم على ضرر المشتري وفيما اذا كان حاضرا لا يتحقق ضرر الشفع لتمكنه من الأخذ قلنا لما لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه وهو ضعيف وعسى ان لا يطلب الشفعة فهمنا وقد تقوى حقه وتقرر بالطلبين لان لا تبطل بالطريق الاول **قوله** واذا تقدم الشفع الى القاضي هذا كيفية طلب الخصومة التي كان وعدا قبل هذا فادعى الشري وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفع للقاضي ان فلانا اشتري دارا وبين مصرها ومحلها وحدودها واذا شبعها بداري وبين حدودها فمرة بتسليمها الي وانما يبين هذه الاشياء لان الدعوى انما يصح في المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء فبعد ذلك يسأله القاضي ان المشتري هل قبض الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها من البائع لا يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع لان اليد للبائع فاذا ذكر القبض ينبغي ان يسأله باي سبب يدعى الشفعة وهذا لان اسباب الشفعة مما يختلف فيه العلماء بعضهم قالوا ثبتت الشفعة للجار المقابل اذا كان اقرب بابا وعندنا الشفعة على مراتب فلا بد من ان يبين سببها (لينظر)

(كتاب الشفعة باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

قال فان عجز عن البينة استخلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفع لان ادعى عليه معني لواتر به لزمه ثم هو استخلاف على ما في يد غيره فيخلف على العلم فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتاع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة *

قال وان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار ثم عذ من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى

لينظر القاضي ان مازعه سباهل هو سبب وبعد ان يكون سباهل هو محجوب بغيره واذا بين المدعي انه ليس به محجوب بغيره يسأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال مشائخنا راح والصحيح ان القاضي يقول متى اخبرت بالشراء وكيف اخبرت بالشراء وانما اختاروا الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه وانما يسأله القاضي عن وقت الاخبار او وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي فان عند أبي يوسف ومحمد راح اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعوة وعليه الفتوى ثم اذا سأل عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او حين اخبرت من غير لث سأل عن طلب الاشهاد هل طلبت طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم سأل ان الذي طلبت بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا بين ما يصح عند السلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فان انكر ان يكون شفيعا بان كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عايه انكر ان يكون الدار بجانب الدار المشتراة وان يكون الدار التي بجانب الدار المشتراة ملك المدعي *

قوله فان عجز عن البينة استخلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما (يشفع)

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وإنما يحلف على البتات لأنه استخلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي منله يحلف على البتات **قال** وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع النمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار النمن وهذا ظاهر رواية الأصل وعن محمد بن حاتم أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع النمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتورط مال المشتري وهذه الظاهر أنه لا نمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذلك لا يشترط إحضاره وإذا قضى له بالدار فلا يشتري أن يحبسها حتى يستوفي النمن وينفذ القضاء عند محمد بن حاتم أيضاً لأنه فصل جتهد فيه ووجب عاينه النمن فحبس فيه فلو أخلوا النمن بعدما قال له ادفع النمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي *

قال وإن حضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيعسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار اجنبياً إذا بقي له يد ولا ملك

يشفع به وإنما يحلف على العلم لأنه استخلاف على ما في يد غيره هذا قول أبي يوسف رحمه الله وعن محمد بن حاتم رحمه الله يحلف على البتات لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكره وهناك يحلف على البتات كذا ههنا *

قوله وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستخلاف من كتاب الدعوى بقوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه إلى ما قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن حاتم رحمه الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب * (قوله)

وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان يفسخ في حق الاضافة لا متناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تحوّل الصفة اليه ويصير كأنه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وندطورا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيوجه عليه *

قوله وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه اي يكون اشتراط حضور المشتري معلولا بعلمين بعلة انه يصير متضبا عليه في حق الملك لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشتري والبائع والبائع يرضى يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما وبعلة انه يصير متضبا عليه في حق الفسخ كما ذكره هنا ليقضي بالفسخ عليه والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا وفسخا فلا بد من حضوره **قوله** ثم وجه هذا الفسخ المذكور وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه ان يفسخ في حق الاضافة اي في حق الاضافة الى المشتري لانه اذا اخذ بالشفعة فات بأخذه القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذا يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض الا انه يبقى اصل البيع لان قول البائع للمشتري بعت ايجاب للبيع وقوله منك اضافة اليه فاذا اخذ الشفيع بالشفعة صار كأن ذلك البيع اضيف الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشتري فينتقض البيع في حق الاضافة اليه لانه ينتقض اصل العقد كما اذا رمي سهما الى انسان فتندم عليه غيره فاصابه فالرمي في نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجه على الاول قد انقطع لتخلل هذا الثاني فخرج من ان يكون منصوبا بالرمي فكذا ههنا تحولت الصفة اليه كان العقد من الابتداء وقع معه (و)

قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فالشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا اقصي للشفيع بالدار ولم يكن رأها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردّها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برويته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

وقال الشافعي رحمه الله العهدة على المشتري بكل حال سواء اخذها من يد البائع او من يد المشتري لان عنده حقوق العقد ترجع الى المالك *

قوله الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره اي بخلاف البائع مع المشتري فانه لا يكتفى بحضوره البائع حتى يحضر المشتري لان البائع ليس بنائب عن المشتري كان هذا جواب لسؤال يرد على قوله وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه وهو ان يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثم فاجاب ان الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره قبل التسليم الى الموكل **قوله** وكذا اذا كان البائع وصيا للميت اي يكون الخصم للشفيع هو الوصي **قوله** فيما يجوز بيعه ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط البائع اذا كان وصيا للميت الا ان الورثة كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر لانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين او وصي بوصية من ثمن الدار وهو استحقاق ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله وفي القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة (او)

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقدا لقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عندابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصاركبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لاتنا في فيجعل كان الموجود يعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانقساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اوبقدر الدين والوصية ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع ان يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وفي الجامع الصغير الورثة كبار حضور ولادين على الميت ولا وصية فليس للوصي ان يبيع شيئا من الشركة لانه لا ولاية له عليهم فان كانوا غيبا فله بيع العروض لا العقار لان له ولاية الحفظ وبيع العروض من الحفظ فاما العقار فمحفوظ بنفسه ويملك اجارة الكل لانه حفظ حتى لو خيف هلاكه بان كان على شط بحر او نحوه او خيف هلاك بناءه يملك بيعه ايضا قال الشهيد رحمه الله لو قيل يملك لا يبعد ولو كانوا صغارا فله بيع الكل لانه قائم مقام الاب وللأب ذلك والمأخرون جوزوا بيع الوصي بضعف القيمة او لضرورة النفقة والدين والله اعلم *

فصل في الاختلاف

قوله فصاركبينة البائع اي مع المشتري يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة البائع لانها تثبت الزيادة **قوله** والوكيل اي كبينة الوكيل مع بينة الموكل فان الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة **قوله** والمشتري من العدو اي كبينة المشتري من العدو مع (بينة)

كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد بن حمران واما المشتري من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان
البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول اما
ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبيانات للالزام **قال** واذا ادعى
المشتري ثبنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا
عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال
المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا السطح يظهر في حق الشفيع على ما بين ان شاء الله تعالى
بينه المولى القديم فان المشتري من العدو ومع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد الماسور
واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو ولما فيها من اثبات الزيادة *

قوله كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد بن حمران فان ابن سماعه روى عن محمد بن حمران
ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران بحسب ما يوجب البينتان فكان
للموكل ان يأخذ بايهما شاء فاما في ظاهر الرواية قلنا الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري
ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن **قوله** واما المشتري من العدو يعني
ان المشتري من العدو والمولى القديم اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير ان البينة بينة المولى
القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف رحمه الله **قوله** فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني
هناك الا بفسخ الاول اما هنا بخلافه وهذه طريقة لابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة حكاه
محمد رحمه الله والطريقة الثانية حكاه ابو يوسف رح وهي قوله ولان بينة الشفيع ملزمة
وبينة المشتري غير ملزمة والبيانات للالزام بيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على
المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء او ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه
يتخير ان شاء اخذ وان شاء ترك والملازم من البينتين مرجح وبه فارق بينة البائع مع المشتري لان
كل واحدة من البينتين هناك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل وكل واحدة منهما ملزمة
فلهذا اصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي مسئلة المشتري من العدو على هذه الطريقة البينة بينة المولى
القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة كذا في الباب الاول من شفعة المبسوط * (قوله)

(كتاب الشفعة ٠٠٠ باب طلب الشفعة والخصومة فيها ٠٠٠ فصل في الاختلاف)

ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبتة فيأخذ الشفيع بقوله **قال** ولو ادعى البائع الأكثر بتحالفان ويترادان وإيهما نكل ظهران الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لأنه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت إلى قوله لأن بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

قوله ولأن التملك على البائع بإيجابه أي تملك المشتري على البائع بإيجابه أي بسبب قوله بعث منك وإن كان سبب التملك في حقه قوله قبلت إلا أن قبوله إنما يصير سبب التملك به بواسطة إيجاب البائع فيكون البائع اعرف بمقدار الثمن من المشتري فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبتة فيأخذ الشفيع بقوله **قوله** لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع يعني أن الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع لأن القاضي نصب ناظر للمسلمين لا مبطل للحقوقهم ولأن الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع ولهذا يفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة **قوله** لأنه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان فبني الحكم عليه ثم بقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بما قاله فرد عليه بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أو لا لأنه بذلك خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين والله اعلم بالصواب (فصل)

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع لأن الثمن مابقي وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه إلا أخذ به ونهيا بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم تلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا **قال** ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمتها لأنه من ذوات القيم فإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثلها لأنها من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فبراعى على القدر والممكن كما في التلاف والعدي المتقارب من ذوات الأمثال وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمته الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذ بقيمته *

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قوله بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعاً بلا ثمن فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع فإسداء فيؤدي إلى إبطال حق الشفيع **قوله** ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته أي بقيمة العرض عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعاً للضرر عن المشتري بوصول فدية ملكه إليه ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وناصر وهو المثل معنى **قوله** فإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثلها لتدبرته على المثل الكامل لأنها من ذوات (الأمثال)

قال واذا باع بئمن مؤجل فلفشبيع الخياران شاء اخذها بئمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بئمن مؤجل وقال زفر رح له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به فبأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولما ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بئمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بئمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما ينال من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بئمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل الامثال وان اشترى ما بعرض اخذها بقيمة العرض لعجزة عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في حال البقاء فصار كما لو استحق احد العبدین ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة *

قوله وان باع بئمن مؤجل فلفشبيع الخيار وفي الذخيرة هذا اذا كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس واشباه ذلك فقال الشفيع انا عجل الثمن وأخذها لم يكن له ذلك لان الشري بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشري الفاسد **قوله** لان كونه مؤجلا وصف في الثمن يقال دين مؤجل ودين حال **قوله** وليس الاجل وصف الثمن لان الثمن للبائع والاجل حق المشتري على البائع **قوله** لما ينال من قبل اي في اواخر باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ في حق المشتري وقام الشفيع مقام المشتري في حق المشتري في حق اضافة العقد اليه وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري (قوله)

مرادة الصبر من الأخذ بما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة
ومحمد بن حنبل خلا القول أبي يوسف الآخر لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع
قال وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير أو شفعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير
لأن هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل
لنا والخنزير كالشاة في الأخذ الأول بالمثل والثاني بالقيمة **قال** وإن كان شفعها مسلما أخذها بقيمة
الخمر والخنزير أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا متاع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق
بغير المتلي وإن كان شفعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها
بنصف مثل الخمر اعتبار البعض بالكل فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه
عن تملك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب
فحضر الشفع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا *

قوله مرادة الصبر على الأخذ وفي بعض النسخ عن الأخذ وهو الصحيح **قوله** خلا القول
أبي يوسف راجع الآخر وجه قوله الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو في الحال
لا يتمكن من الأخذ فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لأنه لم يرفيه فائدة لا اعتراضه عن
الأخذ وجه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد يثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له
ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل لشفعته **قوله** وإن اشترى ذمي بخمر
أو خنزير قوله ذمي احتراز عن المسلم فإن شراء المسلم بماء كرفاس لا شفعة فيه وقوله
بخمر أو خنزير احتراز عما إذا اشترى الذمي بميتة أو دم فإن الشراء بهما باطل لا شفعة فيه
أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل فإن الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمي **قوله**
وشفعها ذمي احتراز به عن المرتد فإن المرتد لا شفعة له سواء قتل في رده أو مات أو لحق
بدار الحرب ولا لورثته لأن الشفعة لا يورث هذا إذا كان المرتد شفعيا وما إذا كان
المرتد بائعا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب يبطل البيع ولم يكن فيه الشفعة في قول (أبي)

فصل

وانا بنى المشتري او غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القاع وتخبرين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده انه ان يتلقا ويعطي قيمة البناء لا يبي يوسف انه محقق في البناء لانه بناء على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدلين

ابي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى شرط الخيار للبائع فلا يجب فيه الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى شرط الخيار للمشتري فيجب الشفعة به للشفيع سواء نقض البيع او تم وان اسلم المرتد البائع قبل ان يلحق بدار الحرب جاريه وللشفيع فيه الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه هذا التفصيل كله في المرتد واما الحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى لقيه لان لحاقه بدار الحرب كدونه وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع وان اشترى المسام في دار الحرب دارا وشفيعها مسام بداره ثم اسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من احكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب ثم في قوله وان اشترى ذمي اطلق ولم يتعرض ان المشتري دارا ويعد ذمياً او كنيسته لان الشفعة تجري في الجميع والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله ويعطي قيمة البناء اي يضمن ارش النقصان والبناء للمشتري فالحاصل ان عند ابي يوسف رح ان شاء اخذ بقيمة البناء والغرس قائلين علماء الارض خبره مؤيدون ()

وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان
 في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية
 انه بنى في محل تعاق به حق متأشبه للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
 كالمراءى اذا بنى في الموهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا
 ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح
 لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى
 بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا
 وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة و يبقى بالا جر وليس فيه كثير ضرر

وان شاء ترك وعند الشافعي رحمه الله له خيارات ثلاث اتان ما قاله ابو يوسف رحمه الله والاخر
 ان له ان يقلع البناء ويضمن ارش النقصان والتفاوت بين قول الشافعي رحمه الله وقولهما
 في الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر في التنبيه لاصحاب
 الشافعي رحمه الله ان للشفيع ان يتلع والمقلوع للمشتري ويضمن الشفيع ارش القلع *

قوله وصار كالموهوب له يعني ان الموهوب له اذا بنى في الارض الموهوبة ليس للواهب ان يقلع
 بناءه ويرجع في الارض لانه بناء في ملكه وكذلك المشتري شراء فاسدا عند ابي حنيفة رح
 وكما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فانه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع **قوله** وهذا
 لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين اي قول ابي يوسف رح انه لا يكلف
 المشتري قلع البناء لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بيانه انه اجتمع ههنا ضرران
 لانه في تكليف المشتري القلع ضرر لا جابر له ولو اوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره
 الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا ان له جابرا لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والضرر
 ببدل اوهون من الضرر بغير بدل فيصار اليه **قوله** من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن
 الهبة والشراء الفاسد **قوله** وغيره من تصرفاته كما اذا جعل المشتري الارض مسجدا او مقبرة (قوله)

وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في العصب ولواخذها الشفيع فبنى فيها او غرس
ثم استحق رجوع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس الا على
البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله يرجع لانه منه ان
عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن حقه
البائع ومساط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه *
قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها ووجد شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار
ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ولا بناء
شيء من الثمن ما لم يصير مقصودا ولهذا يبيعها مراكمة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف
ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الثابت ببعض الاعمال **قال** وان
ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قال

قوله وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقاو عا كما بيناه في العصب اي ان اخذه الشفيع بالقيمة
قيمته مستحق القلع كما ذكر في العصب **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله يرجع الى مالك عليه
اي لان الشفيع ممتلك على من اخذ منه فينزل الشفيع ومن اخذ منه منزلة البائع والمشتري
اذا بنى واستحقق فانه يرجع بقيمة البناء على البائع ووجه المشهور ان حق الرجوع في البناء
البناء انما ثبت لرفع الغرور والبائع التزم السلامة للمشتري من الاستحقاق نصا والمشتري مغرور
من جهة البائع ولا غرور في حق الشفيع لانه يملك على صاحب اليد جبرا بغير احتراز منه
فلا يرجع **قوله** لان البناء والغرس تابع وهذا لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف
فكان بمنزلة العين في الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئا من العين اذا كان
بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة الاصل دون الوصف فان قيل الشرف انما جعل لصناعة العبد
ونحوه لانه لا يجوز ايراد العبد عليه مقصودا اما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جازا فوجب
ان يعتبر اصلا كالعرصة ويجب بمقابله شيء من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط
القلع وعند ذلك يصير اصلا اما ايراد العقد عليه وهو تبع لا يجوز لانه بمنزلة العبد من العبد * (مراد)

ان شئت فخذ العرصه بحصتها وان شئت زدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بأفه سداويه وليس للشفيع ان يأخذ النقص لانه صار منصورا فلم يبق تبعه **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخله اثمرا اخذها الشفيع بشدورها ومعناه اذا ذكر التبر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبع للعارك لانه في الدار وما كان مركبا فيه ^{بها} يأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعه وليس في الخبز يسرق في يد المشتري بعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعه لان البيع سرى اليه على ما عرفت في يد المبيعه **قال** فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ النمر في الاتصال جميعا لانه لم يبق تبعه لاعتدلت الاخذ حيث صار مقصرا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جده المشتري سئل من الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا ببناؤه شيء من الثمن اما في اصل الثاني يأخذ ما سوى النمر بجميع الثمن لان النمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا لا تبعه فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم بالصواب *

قوله ان شئت فخذ العرصه بحصتها يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء به اخذ الارض بحصتها من الثمن **قوله** وما كان مركبا فيه كالبواب والمفاتيح والاغلاق والسلم المركبه **قوله** على ما عرفت في يد المبيعه الجارية المبيعه اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ايضا ملك المشتري كانه **قوله** فائثر في يد المشتري قيد بتبره في يد المشتري لانه اذا ائثر في يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشتري له حصه من الثمن كما اذا كان صرعا في وقت الشراء **قوله** في الفصلين جميعا اي في فصل ما اذا كان في النخيل ثم حين وقع الشراء ثم جده المشتري وفي فصل ما اذا لم يكن في النخيل ثم وقع الشراء على الارض والنخيل فائثر في يد المشتري ثم جده المشتري لا يأخذ الشفيع الثمن في الفصلين **قوله** وهذا جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع ارضا وعلى نخله اثمرا والله اعلم بالصواب (باب)

(كتاب الشفعة باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه ٢)

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مالا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع ^{الشيء} الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق ^{بما يربط بينهما} **قال** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا باحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه

قوله الشفعة واجبة في العقار وهو كل ماله اصل من دار او ضيعة والربع الدار حيث كانت في الماصر والقري **قوله** وما لا يقسم هو الحمام والرحى والبئر والطريق اي لا يحتمل القسمة اي لو قسم قسمة حسية لا ينتفع بها كالحمام والرحى اي بنيت الرحى مع الرحى وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم والخلاف بيننا وبينه راجع الى اصل وهو ان من اصل الشافعي رحمه الله ان الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لا اتصال احدا للملكين بالآخر على وجه التأيد والقرار **قوله** الا في ربع او حائط في المغرب الحائط البستان واصله ما احاط به **قوله** بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة يتعلق بقوله ولا شفعة في البناء والعلو مجرد بناء فكان ينبغي ان لا يكون فيه شفعة الا انه التحق بالعقار * (قوله)

اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار *
قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة
 فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والاثني والصغير والكبير والباغي والعاقل
 والحر والعبد اذا كان ماذونا ومكاتب **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة
 لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة

قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في السفلى هذا لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار
 لا بسبب الشركة وليس هو لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفلى بل اذا كان له
 طريق في السفلى كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفلى بسبب الشركة في الطريق
 لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق
 في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق اولى من صاحب الدار التي عليها العلو
 لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار **قوله** والمسلم والذمي في الشفعة سواء
 وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للذمي لان الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر
 لهذه السريعة وهو الكافر ولكن ناخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد تأيد ذلك بامضاء عمر
 رضي الله عنه ثم اهل الذمة قد اتزموا احكام الاسلام فيرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من
 المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر عن الشفيع والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين
قوله والصغير والكبير اي سواء وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير لان وجوبها الدفع
 ضرر التأذي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو
 في معنى المستعير والمستأجر ولكننا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة
 او الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا
 الى ذلك في الحال وكذلك ثبت الشفعة عندنا للجنين ايضا **قوله** والعبد اذا كان ماذونا
 وهذا اذا كان بائع الدار غير المولى فالمسئلة مجري على عمومها ما اذا كان البائع (مولى).

على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها ويخالع المرأة بها ويستاجر بها دارا وغيرها ويصالح بها عن دم عمدا ويعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقفا من دار مهورا او ما يضا هبه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعنق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره

مولى العبد والعبد شفعها فالعبد الشفعة اذا كان عليه دين والا فلا وعلى هذا لو باع العبد ومولاة شفعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه *

قوله على ما مر اي في فصل ما يؤخذ به المشغوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفع بقيمتها قوله لان هذه الاعواض متقومة عنده اي عند الشافعي رح لان التقوم حكم شرعي والشرع جعل هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء الا يرى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع متقومة عنده كالا عيان فاذا جعل الدار عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفع الاخذ به فله ان يأخذ بقيمتها وهو مهر المثل كما لو اشترى بعبد وقول الشافعي رحمه الله انما يتأتى فيما اذا جعل شقفا من دار مهر لانه لا يرى الشفعة بالجوار قوله او ما يضا هبه اي ما يضا هي المهر كبديل الخلع والاجرة اذا جعل شقفا من دار بدل الخلع والاجرة ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها ضروري الحجة عليه في الثلاثة الاول ان تقوم منافع البضع بالعقد ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وهذا لان المال ليس بمثل للمسحق بعقد النكاح

في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيها ^{علي} هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار ومهر الالة بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا للبضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه الفاقلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا تجب في حصة الالف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة

لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطرة واعظام القدرة وصونا لهذا العقد عن التشبه بالاباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لما كان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع وكذا المنافع ليست بأموال عندنا ولهذا لا يضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب وإنما يظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس أن كل واحد من العتق والدم ليس بمال فضلا أن يكون متقوما اما العتق فلأنه أزاله واسقاط وأما الدم فلأنه ليس من جنس الاموال واجاب الدية لصيانتها عن الاهدار *

قوله في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية فإن قيل الدار يضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى وكذا النوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحرو البردي ضمن بالقيمة قلنا بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية الا ترى أن من اتلف ثوب انسان أو قلع بناء دار انسان يضمن قيمتهما ولا ذلك الا باعتبار المالية وقد لا يكون الدار للسكنى والنوب للبس **قوله** بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل يعني تجب الشفعة فإن قيل كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل قلنا جاز أن يكون معلوما عندهما ولأنه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة فلا يفسد البيع **قوله** فلا شفعة في جميع الدار أي في شيء من الدار * (قوله)

حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعافيه **قال** او يصلح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصلح عنها بانكاره كان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تنزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال اقتداء ليمينه وقطع الشغب خصمه كما اذا انكر صراحة لاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استعادة باصلح فكان مبادله اما اذا صالح عنها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذ ما عوصا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه *

قوله حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح اي في حصة ربح المضارب لكونه بائعا ورتة اذا كان رأس المال الفا فاجبر المضارب وربح العائم اشترى بالعين دارا ورب المال شفعها ثم باع الدار بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لرأس المال وليس في مفايلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل فكذا في حصة الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا ورب المال شفعها بدار له اخرى فله ان يأخذ الشفعة لان شري المضارب وان وقع له ولكن في الحكم كانه مال ثالث الا يرى انه لا يقدر ان ينزعه من بده فيكون له وذكر محمد ربح في المسئلة الاولى وليس اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته الا ترى ان رجلا لو رهن من آخرا ووسط العدل على بيعها اذا حل اجل الدين حتى يستوفي الدين من السمن لم يكن للراهن ان ينهيه عن البيع وان باعها العدل والراهن شفعها بدار له اخرى لم يكن للراهن ان يأخذها بالشفعة لان العدل وكيل الراهن بالبيع مع ان الراهن لا يملك نهيه عن البيع **قوله** اذا لم يكن من جنسه اي من جنس حقه اذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به لانه حينئذ يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة * (قوله)

قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموعوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اتيب منها فامتنع الرجوع

قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبني عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحد هما فله الاخذ بالشفعة اما للبائع نظاير لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري

قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا برده بقوله ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها **قوله** ولا بد من القبض وهذا عندنا خلافا لفرح فانه اذا وهب لرجل دارا على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقبضا وبعد التقبض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر رح تجب الشفعة قبل التقبض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عند بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء وبمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين **قوله** والشفعة تبني عليه اي على زوال ملك البائع على ما مر اي في اوائل كتاب السعة في قوله والشفعة تجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار **قوله** واذا اخذها في الثلث انما قيد بالثلث لتكون المسئلة على الاتفاق **قوله** وجب البيع اي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بشرط الخيار لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ من الاصل فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا ليس ما قلناه بل انفساخ من الاصل فكان السبب منع ما في حقه من الاصل * (قوله)

وفيه اشكال او ضحناه في البيوع فلا نعبده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها ما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفساد ممنوع عنه **قال** فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفעתه كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط بقيت المأخوذة بالشفعة عاين ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لاقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ما كانا بينا

قوله وفيه اشكال او ضحناه في البيوع وهو قوله ومن اشترى على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى ان قال وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة والاشكال ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستأجر والمستعير والجواب ان المشتري صار احق بهامع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة كما انون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره **قوله** وبعد القبض لاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح حيث ثبت له الشفعة مع احتمال النسخ لانه صار اخص به تصرفا وفي الفساد ممنوع عنه **قوله** فان سقط الفسخ بان باع المشتري من آخر (و)

قال واذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا ^{على ما ذكره من صفحات} يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفع الشفعة ثم ردها لمشتري بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد اليه قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فالشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولا يتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الروية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الروية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيه يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينتقض البيع الثاني ويأخذه بالبيع الاول بقيمته فان قيل اذا انتقض البيع الثاني صار كان لم يكن فيعود حق البائع في النقض فلا يكون للشفيع حق الاخذ كما قبل البيع الثاني لانه منتقض من الاصل قلنا ان البيع الثاني صحيح مزيل ملك المشتري فانما ينتقض لحق الشفع فما يكون من مقتضيات حق الشفع لا يصلح ان يكون مبطلاً حته في الاخذ بالشفعة لان انتقاض البيع الثاني انما كان لحق الشفع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة *

قوله لان قبله فسخ من الاصل اي قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام المالك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه او قضاء قاض **قوله** ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة في الكافي للبسفي رحمه الله (وصح)

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعتراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم **قال** وان صدق من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالعاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا الوبايع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض من ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاري بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثيب العوض

وصحح شمس الاثنية السرخسي الرواية بالفتح ايضا وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء او برضاء وبه قال بعض المشائخ رحمهم الله والله اعلم *

باب ما تبطل به الشفعة

قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم اي طلب الموانبة وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ احد فمه او لم يكن في الصلوة **قوله** ليس بحق متقرر في المحل احترزه عن القصاص بل هو مجرد حق التملك ولا يتعلق له بالمحل وانما يظهر اثره في فعله والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجب رد العوض ويبطل الحق في الشفعة **قوله** ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالعاسد اولى بمانه لو قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه يسقط شفعته وان لم يسقط المشتري شفعته فيما اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز وانما قلنا هذا شرط جائز لانه شرط ملائم يمكن تحقيقه حتى لو تراصيا على ذلك يسقط حق كل واحد منهما في الشفعة واسقاط الشفعة بالعوض المال شرط فاسد لانه (غير)

والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الأخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل
هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** وأنا مات الشفيع
بطلت شفعته وقال الشافعي رح تورت عنه **قال** رضي الله عنه معاه إذا مات بعد البيع قبل القضاء
بالشفعة أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقدا لثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف
في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولأن بالموت يزول ملكه عن دائرة ويثبت الملك للوارث بعد
البيع وقيامه وقت البيع وبقاءه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه

غير ملائم لأنه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوة وإذا لم يتعلق يبطل الشرط ويصح
الاستقاط وكذلك الباع الشفعة من البائع أو من المشتري بمال لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة
لا يتحمل التملك فصار كلامه عبارة عن الاستقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وهذا بخلاف
الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصالح وعن استقاط الرق بالعنق لأن ذلك
ملكه ملك متقرر في المحل أما ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا القصاص لأنه ملك المحل في
القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بقضاء ورضاء فكان اعتياضا عن ملك في المحل فيصح *

قوله والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية أي تبطل الكفالة ولا يثبت العوض وهو
الأصح وفي الأخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة
خاصة والفرق أن الشفعة تبطل بالأعراض بخلاف الكفالة وفي الإيضاح لا تبطل الكفالة لأن الكفالة
بالنفس سبب لحصول المال فتشابه الحق في المال من هذا الوجه فإذا لم يرخص بطلانه مجازا لا تبطل
قوله وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط أي لا يورث خيار الشرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله
يورث فكذلك في الشفعة وجه إلحاقه بما ذكره في الإيضاح أن الثابت للشفيع حق أن يملك
فظهر أثر هذا الحق في أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ والارث لا يجري في الخيار
وفي المبسوط أن عنده كما تورث الأملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال
وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث تقوم مقام المورث فان حاجته (الوارث)

وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري
 ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او وصي المشتري فيها بوصية فالشفيع ان يبطله وياخذ
 الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يتضي له
 بالشفعة بطلت شفيعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال به، ولهذا يزول به
 وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا وابرأ عن الدين وهو لا يعلم به رد اختلاف
 ما اذا باع الشفيع دارة بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل الباع
 اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له
 فلا شفعة له ومن اشترى او ابتاع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من
 جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك ارخص الدرك
 عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع
 وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم با رضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري

الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشية لا يجري فيه الارث الا بالبنين
 بعد موته ليخلف الوارث فيه والنابت له بالشفعة مجرد المشية بين ان يأخذ او يترك *
قوله وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه بخلاف موت الشفيع
 فان السبب الذي كان يأخذ به الشفعة يزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط
 لهذا الوبا ع ملكه قبل ان يأخذ المشفوع لم يكن له ان يأخذ بالشفعة فكذا اذا زال بموته والارث
 للوارث جوارا وشركة حادث بعد البيع فلا يستحق به الشفعة **قوله** ولهذا يزول به اي ببيع له به
 وان لم يعلم بشراء المشفوعة وان لم يكن اعراضا فلان يزول مع كونه اعراضا **قوله** كما اذا
 سلم صريحا اي اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء متسليمة جائزا سواء كان المشتري
 حاضرا او غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق **قوله** وابرأ عن الدين وهو لا يعلم اي
 ابرأ رب الدين المديون وهو لا يعلم بان له عليه دين يصح البراءة **قوله** لان الاول اي من باع (ا)

قال واذا بلغ الشفع انما بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بجنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكنا الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف واكثر لان الواجب فيه القيمة وهو درهم او دنانير او بيع له باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع اما البائع فلانه بائع حقيقة واما الوكيل فتداهم البيع به ايضا لانه لو لا توكيله لما جاز بيعه وكذا تمام البيع باجازه من شرطه البائع الخيار وضمان الدرك تقرب للبيع فكان ضامنا منه كالبائع ومن اتبع او ابتاع له واجازه ناله الشفعة لان الاخذ بالشفعة ضرب من الشراء فلا يناقض كونه مشتربا فلا يصير ساعيا في نقض ما تم منه ولان الشفعة انما تبطل باظهار الشفع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتراة فلا يكون ابطالا للشفعة واما البيع فاظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة *

قوله او بجنطة او شعير قيمته الف او اكثر فتسليمه باطل وتعليقه بقوله ولتعذر الجنس الذي بلغه يدل على انه لو كانت قيمة الجنطة او الشعير اقل من الف لبيطل التسليم ايضا وفي الذخيرة فلما خبر ان الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكبلا او موزونا فهو على شفيعته هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو اخبر ان الثمن الف درهم ثم ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفيعته على كل حال **قوله** بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف واكثر اي لا يبطل تسليمه وفي الذخيرة ولو اخبر ان الثمن شيء من ذوات التميم فسلم ثم ظهر انه شيء آخر من ذوات التميم بان اخبر ان الثمن دار فاذا التميم عبد فجواب محمد رحمه الله عليه انه على شفيعته من غير فصل قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما اخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع انما ياخذ الدار بقيمة الثمن درهم او دنانير فانه اخبر ان الثمن الف درهم او مائة دينار فسلمه ثم ظهر ان الثمن مثل ما اخبر واكثر وهنا كان التسليم صحيحا ولا شفعة له ولو ظهر انه اقل مما (اخب)

وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر ررح له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق النسبة **قال** واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه *

اخبر به كان على شفعته كذا همنا فلو كان على العكس بان اخبر ان النمن عبد قيمته الف درهم او ما شبه ذلك من الاشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر ان النمن درهم او دنانير فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل وبعض مشائخنا قالوا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر ما اذا كان متل قيمة ما اخبروا اكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المستند المقدمة لانه وان كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبوناً في ذلك لان تقوم الشيء بالظن يكون دائماً نادماً حتى لا يعبر مغبوناً وهذا المعنى ينعدم اذا كان النمن درهم *

قوله وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر ررح له الشفعة لاختلاف الجنس وذكر الاختلاف في الاسرار بين علمائنا الثلاثة قال اذا قبل للسفيح الشراء بالف درهم فسلم فاذا بدنانير ساوى الف كان له ان يطلب عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله بطلت شفعته استحساناً لانهما جنس واحد في حق التجارات وضمانها وجه القياس ان الانسان قد ينسر عليه الشراء باحدهما دون الآخر والرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالآخر وان كان الجنس واحداً فانه لو رضي بدراهم جباراً فاذا هي غائبة كان له الطلب **قوله** وفي عكسه لا شفعة اي لو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فلا شفعة له وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زادة ان تاويل هذه المسئلة انه ظهر انه اشترى النصف بشئ الكل اما اذا ظهر انه اشترى النصف بنصف النمن فله الشفعة **قوله** في ظاهر الرواية احتراز (عيا)

فصل ———

قال اذا باع دارا الامقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا **قال** واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجاري في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جاريهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بالثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والنمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى به ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحققت المشفوعة بقي كل النمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به عماروي على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليما للنصف لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على النمن وقد يتمكن من البعض فاما اذا سلم الكل في البعض فقد عجز عن اداء ثمن البعض فيكون عاجزا عن الكل بالطريق الاول *

فصل ———

قوله وسلمه اليه لما بينا اي لانقطاع الجوار **قوله** فالشفعة للجاري في السهم الاول دون الثاني وفي المستصفي شرح النافع للعلامة النسفي تأويل المسئلة اذا بلغه بيع سهم منها فردة اما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جاريهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيقدم عليه يقتضي الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب **قوله** فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالنمن الادرهما والباقي بالباقي فلا يرغب الجاري في الاول لكثرة النمن ولاحق له فيما بقي لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار **قوله** فيتضرر به اي يتضرر مشتري الثوب الذي هو بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار ولا يتمكن البائع من رد الثوب الا برضا المشتري فعسى لا يرضاه *

والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحققت المشفوعة يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** ولا تكرر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكرر عند محمد لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أباحنا الحيلة ما دفعناه ولا أبي يوسف أنه يمنع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكوة *

قوله والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحققت المشفوعة تبطل الدينار ^{في دين} لأنه تبين أنه لم يكن في ذمة المشتري ألف ثمن الدار فلم يصرف قابضاً في المجلس ^{كثيراً في دين} فتبطل الصرف فلا يلزمه الرد الدينار فصارك من اشترى من آخر ديناراً بعشرة دينين ثم أحاداً ما أن لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هنا بخلاف ما إذا دفع النوب بمقابلة ما في ذمته من الدين وهو ضعف قيمة الثوب فلو استحققت الدار المشفوعة يرجع المشتري بدين النوب على بائع الدار لأن باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعها في النوب ويثبت باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع فيتضرر بذلك بائع الدار ولا يقال باستحقاق الدار المشفوعة يعلم أن بيع النوب كان بلائس فبكون البيع فاسداً لا يفسد به مشتري النوب لأنه لا يطالب بثمن النوب لأننا نقول البيع يحتاج إلى ذكر الدين لا إلى وجوده ولهذا قلنا لو باع عبداً بما عليه من الدين ثم تصادف أن لا دين لا يبطل البيع في العبد **قوله** ولا تكرر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله أعلم أن الحيل في هذا الباب على نوعين نوع لا إسقاطها بعد الوجوب وذلك أن يقول المشتري للشفيع إذا بيعت منك داراً أخذت لك فلأفائدة لك في الأخذ بالشفعة فيقول الشفيع نعم ويقول المشتري للشفيع أنت الذي مني بما أخذت فيقول الشفيع نعم ويقول اشتريت فيبطل به شفعته وأنه مكروه بالاجتماع ^{بأن} يمنع وجوبها ونوع يرجع إلى تقليل الرغبة فيها وأنه لا يكرر عند أبي يوسف رحمه الله يرجع إلى منع وجوب الشفعة أن يهبه البائع بيتاً معلوماً من الدار بطريقه أو موضعاً آخر معلوماً من الدار بطريقه فيجوز الهبة لأن ما وهب مقدار معين والطريق وإن كان مشاعاً إلا أنه لا يحدث له القسمة وهبه المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة فيصير شريكاً في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بشن (١)

مسائل متفرقة

قال اذا اشترى خمسة نفردا من رجل فلا شفع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشترى رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نكح ما عليه ما لم ينتدأ آخر حصته كيلا يودي الى تفريق اليد على البائع البذل فيصير اولى من الجار الا ان هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ولا تصلح لدفع الشريك في الدار ومن الحيلة ايضا ان يستأجر صاحب الدار من المشتري ثوبا ليلسه يوما الى الليل نجاء من مائة جزء من الدار التي يريد بيعها ثم يصبر حتى يمضي اليوم او يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال ثم يبيع الباني منه فلا يكون للجار الشفعة لا في الجزء الاول لانه ما كده بعد الاجارة ولا في الجزء الثاني لان المشتري شريك في الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار واما التي يرجع الى تقليل الرغبة فهي مثل ما ذكر من بيع عشر الدار من المشتري بتسعة اعشار الثمن ومنها ان يبيع البناء من الدار من المشتري ثمن قليل ويبيع الساحة بثمن كثير فلا يجب للشفع الشفعة في البناء لانه ثقلي ولا يرغب في الساحة لكثرة الثمن وذكر الامام شمس الأئمة السرخسي في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل فقال والاشتغال بهذه الحيل لا يبطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصدا للمشتري الاضرار به وانما قصد به الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف فاما عند محمد رحمه الله فيكرة ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيا لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة *

مسائل متفرقة

قوله ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح وروى الحسن (عن)

بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا الثمن وههنا تفرعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقام البائع اخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري او يدع عن ابي حنيفة رح انه فرق فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ نصيب احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد بخلاف ما بعد القبض لانه لم يبق يد البائع ويقع التملك على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه فلا تفرق *

قوله بمنزلة احد المشتريين يعني ان احدا لمشتريين اذا تقدم عليه من الثمن فليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذلك الشفع ليس له ان يأخذ نصيب احد المشتريين اذا تقدم عليه من الثمن بحصته حتى يؤدي المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفرق اليد على البائع **قوله** لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا الثمن وفي الذخيرة ولو كان البائع اثنين واشترى المشتري نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما وان كان بلحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة ثم بيان تفرق الصفقة واتحادها ذكر الامام التمرقاشي محالا الى الجامع اذا اتحد العاقد والعقد والتمن يتحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقدان كان البائع او المشتري اثنين بان قال للمشتريين بعث منكما او قالا بعنا منك لان ما يوجب الاتحاد اجمعهما بعد والتمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بان قال بعث هذا بكذا وهذا بكذا او قال المشتري ذلك وان تفرق الثلاثة يتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقدان قال بعثك هذا بكذا او بعثك هذا بكذا يتفرق الصفقة وان اتحد العقد وتفرق العاقد والتمن ففي بعض المواضع يتفرق الصفقة لرجحان حثية التفرق وفي بعضها لا فيل الاول قياس والله اعني استحسان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله *

لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينتقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينتقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينتقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر *

قال ومن باع دارا وله عهد ما دون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمس لالة الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالتمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له **قال** وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفيعته اذا بلغ قالوا

قوله لان القسمة من تمام القبض لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص **قوله** والشفيع لا ينتقض القبض اي اذا قبض المشتري المبيع يأخذ الشفيع من المشتري ولا يملك ان ينتقض قبض المشتري المبيع فيرده الى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة عليه فكذا لا ينتقض قسمته لانها من تمام القبض **قوله** وقاسم المشتري الذي لم يبيع اي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبيع كان للشفيع نقضه لان هذه القسمة لم يجربين العاقلين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينتقض المبادلة **قوله** ثم اطلاق الجواب في الكتاب وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري * (قوله)

(كتاب الشفعة ... باب ما يبطل به الشفعة ... مسائل متفرقة)

وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراءا ربحوا ردا للصبي فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزمراة حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرا ربه ولهما انه في معنى النجاسة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون الشرطي تركه ليقى الممن على ما كانه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتها كما بطلها لكونه دالا لا عارضا وهذا اذا بيعت بمنزل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس منه ان جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا و قبل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ بما كان التسليم كالا جنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله اعلم *

قوله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح اي يصح عند ابي حنيفة رحمه الله في مجلس القاضي ومطلقا عند ابي يوسف رحمه الله ولا يصح عند محمد رحمه الله هذا هو الصحيح وقيل لا يحفظ جواب ابي يوسف رحمه الله الاخر فيه اذا سلم الوكيل الشفعة والصحيح ان تسليمه كما مر **قوله** وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم هذا هو الاصح **قوله** وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم منها ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله كذا في الهداية وذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والسرايا ان من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله في رايه لا اراؤه عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع به ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والموارث وجرى التوارث بها من غير تكثير ثم هي لا تعري عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافراز والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى به فاقسمه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف النسيب ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى به فاقسمه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

كتاب القسمة

القسمة هي جمع النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى وَبَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَهُ بَيْنَهُمْ (قال الله تعالى) لَهَا شَرْبٌ وَلَكُمْ شَرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ وَالسَّيْفُ فَقَدْ بَاشَرَهَا النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْغَنَائِمِ وَالْمَوَارِيثِ وَاجْتِمَاعِ الْأُمَّةِ وَرُكْنِهَا الْفِعْلُ الَّذِي يَتَّبِعُهُ الْإِفْرَازُ كَالْكَيْلِ وَالْوَرْنِ وَالْعَدْدِ وَالذَّرْعِ فِي الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَالْعَدْدِ وَالذَّرْعِ وَشَرْطُهَا أَنْ لَا يَتَبَدَّلَ الْمَنْفَعَةُ بِالْقِسْمَةِ وَلَا يَنْتَوِي لَأَنَّ الْإِفْرَازَ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مِنَ الْمَلِكِ وَالْمَنْفَعَةُ وَأَنْ لَا يَتَحَقَّقَ هَذَا إِذَا بَقِيَ الْمَفْرُزُ عَلَى مَا كَانَ قَبْلَ الْإِفْرَازِ بِأَصْلِهِ وَمَنْفَعُهُ فَإِذَا تَبَدَّلَ يَكُونُ تَبْدِيلًا لَا إِفْرَازًا وَأَنَّهَا لَا يَنْفَكُ عَنِ الْمَبَادِلَةِ وَالْإِفْرَازُ لَأَنَّهُ مَا مِنْ جُزْءٍ إِلَّا هُوَ مُشْتَمِلٌ عَلَى النَّصِيبَيْنِ فَكَانَ مَا يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ مَا كِهَ وَلَمْ يَسْتَقْدِمْ صَاحِبُهُ فَكَانَ إِفْرَازًا وَالنِّصْفُ الْآخَرُ كَانَ لَصَاحِبِهِ فَصَارَ لَهُ عَوَضًا عَمَّا فِي يَدِ صَاحِبِهِ فَكَانَ مَبَادِلَةً إِلَّا أَنْ مَعْنَى الْإِفْرَازِ وَالتَّمْيِيزِ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوَازِينِ وَالْعَدْدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ أَظْهَرَ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ أِبْعَاضِهَا وَمَعْنَى الْمَبَادِلَةِ أَظْهَرَ فِي الْحَيَوَانَاتِ وَالْعُرُوضِ لِرُحُودِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ أِبْعَاضِهَا فَلَا يَدْرِكُنْ أَنْ يَجْعَلَ كَأَنَّهُ أَخَذَ حَقَّهُ * (قوله

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافرار لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصصه بالانتفاع بنصيبه وبمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراخوا عليها جاز لان الحق لهم *
قال وينبغي للقاضي ان يصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اضرار لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم *

قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء جواب لسؤال يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وفي المعني فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الا بي عليها اي في غير ذوات الاموال وبالا جماع بجبر وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان الشريكين اذا اقتسما دارا او ارضا بينهما وبنى احدهما في نصيبه بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بنى فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور كما لو اشترى قلنا الجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغرور لا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم اليه مبايعة لحق الشفيع لا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين فجربان الجبر عليها لا ينفي كونهما مبايعة واما الثاني قلنا انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر الى هذه المبايعة لانه يحتاج الى تخلص حقه ومنع صاحبه عن الانتفاع بملكه ولا به كنه ذلك الا بهذه المبايعة فيكون مضطرا الى هذه المبايعة لاجاء حقه والجبر كما يثبت بالا كراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق كصاحب العلو اذا بنى السفلى واذا كان مجبرا على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور كالشفيع اذا اخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي *

(قوله)

قال وإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر منله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعدهن التهمة ويجب ان يكون عدلاً ما مونا عالماً بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وذلك بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروا لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر منله ولو اصطاحوا فاقسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه **قال** ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر **قال** واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة ربح وذا على قدر الانصاء لانه مونة الملك فيقدر بقدره

قوله وان لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالاجر وفي الذخيرة ويجوز للقاضي ان يأخذ على القسمة اجرا ولكن المستحب له ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفرض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفرض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبهة بالقضاء من حيث انها يستند بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك الاجنبي ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها **قوله** وابعدهن التهمة اي تهمة الميل الى احد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة **قوله** عدلاً ما مونا كرا الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة **قوله** ولو اصطاحوا فاقسموا اي الشركاء لم يرفعوا الامر الى القاضي بل اتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات **قوله** ولا يترك القسام يشتركون اي لا تخلى الناضي القاسمين المعينين وانفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعينون بحيث لا يتجاوز امر القسمة عنهم الى غيرهم لانه لو عينهم في الاستيجار (عل)

كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشترك ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رح
ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد
ينعكس الامر فتعذرا عبارة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على اختلاف وان لم يكن
للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا ينتج ان

لعل القسام يكتفون زيادة على اجر المنزل فيتضرره المتقاسمون بل يقول انه اصي
لكل واحد من القاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الاجر فكان كل واحد منهم
ماذونا مجازا بالقسمة من جانب الناضي *

قوله كاجرة الكيال والوزان يعني اذا استأجر الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم
فلا جرة على قدر الانصاء **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت
لان تمييز الاقل من الاكثر تمييز الاكثر من الاقل وربما يكون عمله في نصيب صاحب الايل
اكثر لان الحساب يدق بقله بعض الانصاء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكبير بكسر ر وقع
فيه ولما تعارض الوجهان اعتبر نفس التمييز **قوله** وهو العذر اى العذر هو ان الاجر مضاف
بعمل الكيل والوزن لو اطلق ولا يفصل اى لو اريد اجراء المستقلة على الاطلاق من غير
ان يفصل انه للقسمة اولا والى صحة رواية الاطلاق مال الامام شمس الائمة السرخسي رح
حيث قال في المبسوط فاما اجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشائخنا رح هو على الاختلاف
فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيل والوزان بمنزلة القسام ثم قال والاصح
ان ابا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما ويقول هناك انما استوجب الاجر بعمله في المكيل والموزون
الكيل والوزن الا ترى انه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك
لصاحب الكثير اكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون اكثر من كيل عشرة فلهذا
كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام *

(قوله)

وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قال** واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دارا وضبعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعتبار فهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهذا ان اليد دليل الملك والاقرار امانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنتول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعدا لهم ولان القسمة قضاء على الميت اذا تركته مبقاة على ملكه بل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبها تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة

قوله وعنه انه على الطالب روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال صاحباه عليهما لانه الطالب للقسمة انما يطلبها لمنفعة نفسه والممتنع انما تمتنع لضرر يلحقه بها فلا معنى لايجاب الاجرة على من لا منفعة له **قوله** وفي ايديهم دارا وضبعة قيد بهما لانه اذا كان في ايديهم عروض او شيء مما ينقل قسم باقرارهم بالاتفاق **قوله** وادعوا انهم ورثوها قيد بدلانهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق **قوله** الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعدا لهم وذلك لان حكم القسمة بالبينة بخلاف حكم القسمة بالاقرار لان حكم القسمة بالبينة بتعدي الى الغير حتى لو ادعت ام ولد هذا الميت او مدبرة العتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما اقامة البينة على الموت وحكم القسمة بالاقرار لا يتعدي الا ترى انه لا يتضي بالعتق في هاتين الصورتين الا ببينة تقوم على الموت كذا ذكره في النصل الثاني من قسمة الذخيرة *

(قوله)

وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما
 في الوارث او الوصي المقرب بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنتول
 لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ اما العقار فمحض بنفسه ولان المنقول مضمون على
 من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبني على ملك
 البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير *

قال وان ادعوا الملك ولم يدكروا كيف انتقل اليهم قسمة بينهم لانه ليس في القسمة جماع على الغير
 لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير
 ارض ادعاه رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انه اليها
 لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة ر ح خاصة وقيل وقول الكافي وهو الاصح
 لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة المالك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجرار *

قوله وهو مفيد جواب عن قولهما ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد لان بعض الورثة ينتصب
 خصما عن المورث فان قيل كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصلح خصما فاما المانع من اقراره
 عليه يجعل كالعدم كما لو ادعى رجل ديناً على الميت وقدم وارثه الى القاضي
 فاقوله الوارث بحقه فاراد الطالب ان يقيم البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه
 في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل ببنته ويحكم له بدفعه
 في جميع مال الميت لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقه وحق غيره وكذا
 الوصي اذا اقرب بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره لبطان اقراره **قوله** وبخلاف المشتري
 روي عن ابي حنيفة رحمه الله في غير الاصول ان القاضي لا يقسمها بينهم سوى بين
 الشراء والارث والفرق على الظاهر ان قضاء بالقسمة في المشتري لا يقتضي تباع
 حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ما كان البائع وان لم يقسم
 فلا يكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث *

قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وصدق الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلًا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عندة ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبته احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورًا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما من الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والتضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الصل بين اقامة البينة وعدمها والصحيح كما اطلق في الكتاب *

قوله والدار في ايديهم اي في ايدي الحضور **قوله** لان فيه نظر للغائب والصغير اي بظهور نصيبه لهما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير **قوله** ويصير مغرورًا بشراء المورث يعني لو اشترى المورث جارية ومات واستوادها الوارث ثم استحققت يكون الولد حراً بالقيمة ويرجع الوارث بها وبالتمن على البائع كالمورث **قوله** ولا فرق في هذا الفصل اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم **قوله** كما اطلق في الكتاب وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة على الارث وانه مخالف لما ذكره في المبسوط لانه قال في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسمها بقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك (ان)

قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا

ان كان اودع ما كان في يده منها رجلا حتى غاب لان المودع امين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغائب بحضور امينه فلماذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضي لانها تقوم لاثبات ولاية القاضي في تركه المبت ولان الورثة يخلفون المبت في الميراث فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقلما تخلو تركه عن هذا فان الورثة يكثر ونقلما يحضرون فلولم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان غائب او صغير ادى الى الضرر والضرر مدفوع وذكر في فتاوى قاضيخان فرواية انه لا يقسم وان قامت البينة ما لم يحضر الغائب هي رواية الجامع فكان قوله في الكتاب هو الصحيح احترازا عن رواية المبسوط وغيره في انه يقسم اذا قامت البينة *

قوله لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يحتاج الى اقامة البينة وقوله مقاسما ومقاسما هذا عندهما لانه لا يحتاج الى اقامة البينة عندهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وفي الذخيرة فاذا كان بعض الورثة حضورا والبعض غائبا والدار كلها او بعضها في يد الغائب وطلب الحاضر القسمة من القاضي واقام البينة على الميراث فان كان الحاضر واحدا فالقاضي لا تقبل بينته ولا يقسم الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه ظاهر الرواية ان التركة قبل القسمة ان بقيت على حكم ملك المبت من وجه صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة يعد العتق في نصيبه وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفع بنصيبه ونصيب شركائه والحاضر بدعوى القسمة كما يدعي ازالة ما بقي من ملك المبت بدعي على شركائه قطع الارتفاق بنصيبه فلان جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على المبت لا يجوز له نصب الوصي من حيث (انه)

ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبوا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه *

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضربه الآخر لقلته نصيبه انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك وليس كما لو ادعى اجنبي دينا على الميت وليس للميت وارث ولا وصي فان القاضي ينصب عنه وصيا لان ذلك دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب وصيا عن الميت اماهنا بخلافه *

قوله ولو كان الوارث الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وانما ينصب القاضي عن الصغير وصيا اذا كان حاضرا اما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا لان القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب الا لضرورة ومعنى كان المدعى عليه صبيالواقع العجز عن جوابه لم يكن عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضي حضما عنه في حق الحضرة فلم يصح الدعوى لانها لا يصح من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر لان الدعوى يصح عليه لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب فينصب حضما يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب واحدا في الامرين جميعا *

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم

قوله عند طلب احدهم على ما بينا اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على التهمة عند طلب احدا الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كنضاء الدين الى آخره *

(قوله)

(كتاب القسمة ٠٠٠ فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر
 طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص رحمه الله على طلب هذا ان صاحب الكثير
 يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايها
 طالب القسمة يقسم القاضي والوجه ان درج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول
 وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيها لان الجبر على القسمة لنكيل المنفعة
 وفي هذا تنوينها ويجوز بتراضيها لان الحق لهما وهما اعرف بشأنيهما اما القاضي فيعتد بالظاهر *
قوله فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر الاختلاف
 رحمه الله وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع
 بملكه وهذا منه طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تفرد
 الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما الثاني فمتعنت
 في طلب القسمة والقاضي بجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لئلا نصيبه لا المعنى
 من جهة صاحب الكثير **قوله** وذكر الجصاص على عكس هذا اي لو طلب صاحب القليل
 قسم ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم وذكر في بعض النسخ الخصاص مكان الجصاص والاصح
 هو الجصاص لان الاول قول الخصاص **قوله** وذكر الحاكم في مختصره ان ايها طالب القسمة قسم
 والوجه قد اندرج فيما ذكرناه وما ذكر لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه وقوله والاخر يرضى بضر نفسه
قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وهو قوله وان طالب صاحب الكثير قسم وان طلب
 صاحب القليل لم يقسم ووجه الاصح هو ان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيء وانما
 الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب
 القليل الا ترى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب القسمة لم يتسديدها
 القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة **قوله** ويجوز بتراضيها
 لان الحق لهما فان قيل يشترط لصحة القسمة ان ينتفع بالمتسوم كما كان قبل القسمة قلنا ذلك شرط
 الجبر عليهما الا شرط القسمة بالتراضي ان ذلك الشيء حقهما بلهما ان يفعل لاه ما شاء * (توله)

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنس في بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنس فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود والمتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرا والغنم ولا يقسم شاة وبعير او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تحقق الا بالقطع

قوله ويقسم العروض اي جبرا انا كانت من صنف واحد **قوله** ولا يقسم شاة وبعير او برذونا وحمارا اي لا يقسم جبرا في هذه الاشياء تسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخري في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون وكذلك في البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت التسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلا **قوله** ولا يقسم الاواني اي التحقت الاواني بالاجناس المختلفة بسبب الصنعة وان كان اصلها واحدا كالا جانة والقممة والطست المتخذة من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجببة والقميص لا يقسم القاضي بعضها في بعض **قوله** ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف وفي المبسوط وان كان الذي بين الشركاء ثوبا زطيا وثوبا هرويا وسادة وبساطا لم يقسم الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة يكون القسمة بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يملك على نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما ملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخري وفي المعاوضات لا بد من التراضي **قوله** ولا يقسم ثوبا واحدا اي عند طلب احد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة على ضرر اذ هي لا تحقق الا بالقطع وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جمعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر (وقد)

ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربيع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقال لا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعنى الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس

وقد قال بعض مشائخنا لا يفعل القاضي ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه القسمة ائلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف كذا في المبسوط * **قوله** ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا اي لانه لا تحقق الا بالقطع لانه لا يمكن التعديل الا بالقطع او بزيادة دراهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدراهم في القسمة جبر الا ان النسبة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح **قوله** بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربيع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب بان يكون قيمة احد الاثواب دينارا وقيمة الآخر دينارين دينار وقيمة الآخر دينار او ثلثة ارباع دينار فباخذ احد هما ثوبا قيمته دينار وربيع دينار الآخر ثوبا قيمته دينار وثلثة ارباع دينار فبقي الثوب الذي قيمته دينار مشترك بينهما بعد الذي اخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلثة ارباع دينار وثلثة ارباع دينار وهذا لانه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض لان كل واحد منهما يتقرب بثوب ويبقى الشركة في ثوب وذلك جائز اذا لم يكن غيره مثل ان يقسم الضيعة وترك النهر على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض **قوله** وقال لا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس يعني ان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا واناثا الا ترى ان الرقيق يثبت في الذمة مهرا ولا يثبت في الذمة سدا كما في سائر الحيوانات فكذا في القسمة **قوله** وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من (يصلح)

الا ترى ان الذكور والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف
الغنائم لان حق الغانمين في المألية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين
والمألية جميعا فافترقا فاما الجوار هر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كالآلي واليوافيت
وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب
على اطلاقه لان جهالة الجوار هر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة
او يافوثة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة *

يصلح للنروسة والخياطه والكتابة فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر المنافع
فلم يكن ذلك قسمة وافراز فلم يصير مستحقة كقسمة الحمام والاجناس المختلفة *

قوله الا ترى ان الذكور والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد حتى
اذا اشترى شخصا على انه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد بخلاف سائر الحيوانات وحاصله
ان الرقيق اذا كان بين اثنين فهو على وجوه ان كان مع الرقيق دواب او عروض او شيء
آخر قسم القاضي الكل في قولهم وان لم يكن مع الرقيق شيء آخر فان كان ذكورا او اناثا
لا يقسم الا برضاهم وان كان الكل ذكورا او اناثا وطلب بعض الورثة قسمتها وابي البعض
او ابي احد الورثة لا يقسم القاضي بينهم في قول ابي حنيفة رح ولا يجبرهم على ذلك
وقال صاحباه يقسم ويجبرهم على القسمة والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز
الاجبار على قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شيء آخر وهو محل لقسمة الجمع كالغنم
والشاة فيقسم القاضي الكل قسمة جمع وكان ابو بكر الرازي يقول تاويل هذه المسئلة انه يقسم
ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم والاظهر ان قسمة الجبر يجري
عند ابي حنيفة رحمه الله باعتبار ان الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل اصلا في القسمة
وحكم القسمة جبرائيت فيه فيثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد ثبت حكم العقد في الشيء تبعا وان كان
لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف * (قوله)

قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي الا ان يتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتدل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم الناضي بخلاف التراضي لما بينا **قال** واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحي وقالان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسدها وعليه هذا الخلاف الا فرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسداء صورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد وجوه السكنى فيفوض المرجع الى ابي حنيفة وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة وهذا لا يجوز الوكيل بشراء دار وكذا الزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فهما في السوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضرر انقسمت الدار سدا واحدا **قال** رضى الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانا في مصر من الانجدة في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احد لهما في احدى رايته في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل الميلا ^{بها} لا يبرز والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شيها من كل واحد *

قوله لا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي الى قوله بخلاف التراضي على ما بينا اشارة الى ما ذكره في اوائل هذا الفصل فان كان كل واحد يستضره لصغره لم يسمه الا بترخيصه **قوله** وعلى هذا الخلاف الا فرحة المتفرقة المشتركة اي عندهما الناضي ان يقسم بعضها في بعض كما في الدور وعند ابي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة لانها يتفاوت فيها هو المقصود منها من الماء والصلاحيه للرطوبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والاجناس المختلطة **قوله** كما هو الحكم فيهما في الثوب اي في الوكالة والتسمية في المهر اي لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح الشركاء كما لو وكله بشراء ثوب وكذا الزوج امرأة على دار لا يصح التسمية كما لو تزوج على ثوب **قوله** تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى وضع المسئلة في الكتاب في دور مقيدة بكونها (ني)

قال وإن كانت داراً وضیعة أو داراً وحائراً تقسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس **قال** رضي الله عنه جعل الدار والحائوت جنسين وكذا ذكر الخصاص رح وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبني حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة *

في دور مقيدة بكونها في مصر واحد اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما كذا روى هلال عنهما وعن محمد رح انه يقسم احدهما في الاخرى ثم هي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضاء الشركاء سواء كانت متباينة او متلازمة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازمة لانها تتفاوت في معنى السكنى ولهذا اتوا جربا جرة واحدة في كل محله والمنازل ان كانت مجمعة في دار واحدة متلازمة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كان في محال او في محلة لان المنزل فوق البيت ودون الدار والتحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالدرا اذا كانت متباينة وقال في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فهضى القسمة على ذلك *

قوله وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا تجوز اي بمنافع الحائوت وهذا يدل على انهما جنس واحد بما عرف ان اجارة السكنى بالسكنى لا تجوز وكذا اجارة ارض للزراعة بزراعة ارض اخرى لا تجوز فيجعل في المسئلة روايتان **قوله** او تبني حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة اي هما جنسان مختلفان رواية واحدة والفساد ثم لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتيها وهو السكنى وفي الكافي للعلامة النسفي رح كذا ذكر في الهداية وهو مشكل هذه الاشكال صدر من صاحب الكافي لانه يودي الى اعتبار شبهة الشبهة وان شبهة هي المعبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الاثمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب * (فصل)

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليتمكن حفظه ^{خيال} ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروي عزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذره ليعرف تدرة بنوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يثبت نصيبا بالاول والذي يليه بالتاني والثالث على هذا ثم يخرج الفرعة فمن خرج اسمه اولافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصاء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحنا هاشبعيا في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب فيخرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل ولم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية القسمة

قوله وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اي وينبغي للقاسم تصوير ما يقسمه على قرطاس ليتمكن حفظه اذ يرفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى يتولى الافراع بينهم بنفسه ان لم يأمره بالاقرار **قوله** ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالتاني والثالث على هذا ثم يكتب اسمهم ويخرج الفرعة فمن خرج اسمه اولافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى الاقل من الانصاء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وشرح ذلك ارض بين جداعة مشتركة لاجدهم عشرة اسهم ولاخر خمسة ولاخر سهم واراد واقسمتها قسمت على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحدة وكيفية ذلك ان يجعل الارض على عدد سهامهم وسويت وعدلت ثم يجعل بنادق سهامهم على عدد رؤسهم ويترع بينهم (قوله)

والقرعة لتطيب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع
جاز لانه في معنى القضاء فملك الالتزام *

فاول بندقة يخرج يوضع على طرف من اطراف السهام وهو اول السهام ثم ينظر الى
البندقة لمن هي فان كانت لصاحب العشرة اعطاء ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم
الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يفرع بين البقية كذلك
فاول بندقة يخرج يوضع على طرف من اطراف السهام الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي
فان كانت لصاحب الخمسة اعطاء القاضي ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك السهم
ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي
وضعت البندقة عليه ويكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي
اسماء الشركاء في بطاقات ثم يلوي كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها
بين كفيه حتى يصير مستديرة فيكون شبه البندقة *

قوله والقرعة لتطيب القلوب وازاحة تهمة الميل فان قيل في الاقرا ع تعليق الاستحقاق
بمخرج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام قلنا ليس هذا في معنى القمار ففي القمار
اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا اصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق
بمخرج القرعة حتى لو عين القاسم لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء
فملك الالرام الا انه ربما ينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء وازاحة تهمة الميل
عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل هذه مع اصحاب
السنينة كما قال الله تعالى فَسَاءَ مَا كَانُوا مِنَ الْمُدْخَصِينَ وهذا لانه علم انه هو المقصود لكن لو القى
نفسه في الماء ربما ينسب اليه لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذا ذكر يا عليه السلام
استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الي نفسه وقد كان علم انه احق بها منهم لان خالتها
كانت عنده واكن استعمل القرعة تطيبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يُلْقُونَ (اَفْلَاهُمُ)

قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا بد له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلته الباء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تنفى العرصه بقيمة الباء حينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل *

قال فان قسم بينهم ولا حد لهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق وبسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة صحتها لتمام الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين

أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِذَا سَافَرَ أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ مَعَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْقِسْمَةِ حَالَةَ السَّفَرِ تَطْيِيبًا لِلْوَبْهَنِ *

قوله ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم اي لا يدخل الدراهم التي ليست من التركة لجبرها نقصان بعض الانصاء وصورتها دارين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للناضي ذلك **قوله** ودراهم الآخر في ذمته اي وقت القسمة * (قوله)

وانه بجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غير من غير ضرر فبصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيب باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيب

قوله وانه اى البيع بجامع تعذر الانتفاع كمن اشترى جمحاً صغيراً او ارضاً سخنة فانه يجوز وان كان لا ينتفع به المشتري فاما القسمة فالمقصود منها اىصال كل واحد منها الى الانتفاع بنصيبه واذا لم يكن له مفتاح الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز: وصورته دارين رجلين وفيها صفة فيهما بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر وطريقاً ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر ان يفتح باباً فيما اصابه من الساحة ويسيل ماؤه في ذلك فاراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماؤه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد منهما ان له ما اصابه بكل حق له او لم يشترط ذلك بخلاف البيع **قوله** ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول اى فيما اذا امكن صرف الطريق والمسيل عنه **قوله** فكذلك الجواب اى ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق ثم المراد من ذكر الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه واما اذا قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه فانه يثبت هذه الحقوق **قوله** وفي الوجه الثاني اى فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل فيها اى لو ذكر الحقوق لان القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيب باعتباره اى باعتبار (تكميل)

بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
 الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان
 يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقيق التراز
 بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك يرفع طريقا بين جماعتهم لتحقيق تكميل المنفعة بما وراء الطريق

تكميل المنفعة وفيها معنى الافراز باعتبار لا يدخل من غير تنصيص اي باشارة معنى
 الافراز لا يدخل الطريق الذي في نصيب الآخرون ذلك لان معنى الافراز لما كان مراعى
 في القسمة كان ينبغي ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه وان ذكر
 الحقوق في القسمة لانه حينئذ لا يحصل الانتفاع والافراز من كل وجه لكن في القسمة وان كان
 معنى الافراز ففيها معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق *

قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص اي بدون ذكر الحقوق لان كل المقصود
 الانتفاع وذلك لا يحصل الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر وقد ورد في مسئلة
 الاجارة شبهة في القسمة حيث لم يدخل الطريق والمسيل في القسمة من غير ذكر الحقوق لتصح
 القسمة حيث فسخت القسمة ودخل في الاجارة لتصحيح الاجارة فقال فان قيل فعلى مدارب في
 ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر رصدا حل
 الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا ان هناك موضع الشرب والطريق
 ليس مما تناوله الاجارة لكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب للآجر ان يمكن
 المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب والطريق توفير الشفقة عليهما فاما هنا فموضع
 الطريق والمسيل داخل في القسمة فموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما نصيبه
 فلوانبتنا لاحدهما حق في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما
 دليل الرضاء اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق وذكر الحاكم
 الشهيد في المختصر انهما يدخلان من غير ذكر فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق **قوله** ولو اختلفوا في رفع
 الطريق بينهم في القسمة اي قال بعض الشركاء يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع (قوله)

ولو اختلفوا في مقدارة جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه ولو شرطوا ان تكون الطريق بينهما اثلا ناجاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفلا لعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد بن حمرح وقال ابو حنيفة وابو يوسف رح انه يقسم بالذرع لمحمدان السفلي يصلح لا يصلح له العلوم من اخذاه بثرماء او سر دابا واصطبلا وغير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لافي القيمة فيصار اليه ما يمكن والمراعى التسوية في السكنى لافي المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رح ذراع من سفلي بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع

قوله ولو اختلفوا في مقدار الطريق اي في وسعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك في المدخل فكذا في السلوك **قوله** والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة في غير الطريق لافيه ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى لا طوله من حيث المشي هكذا ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه وقال ولم يرد محمد بن حمرح بذكر الطول الذي هو ضد العرض لان ذلك الطول انما يكون الى حيث ينتهون بها الى الطريق الاعظم وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يخرج جناحي نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بابا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان ارضا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لا بد لذلك من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر ثوران معاوان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجاة فيودي الى ما لا ينال **قوله** واذا كان سفلا لعلوله (١)

وقيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصيرة او اهل بلدة في تفضيل السفلى على العلو واستواتهما وتفضيل السفلى مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفلى تربوا على منفعة العلو بضعفه لانه يبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير ان لا يمكنه البناء على علوة الا برضاء صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يبي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على امله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رح في مسألة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلاثون وثلث ذراع

اي سفلى مشترك بين رجلين لا علو عليه او عليه علو آخر وعلو لا سفلى له اي علو مشترك بين رجلين وسفلى لا آخر وسفلى وعلو مشترك بينهما *

قوله وقيل اجاب كل واحد على عادة اهل عصيرة او اهل بلدة في تفضيل السفلى على العلو وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في تفضيل السفلى على العلو **قوله** واستواتهما فابو يوسف رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين السفلى والعلو في منفعة السكنى **قوله** وتفضيل السفلى مرة والعلو اخرى ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات في البلدان في ذلك فقال انما يتسم بالقيمة **قوله** ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما اي الى العلو والسفلى وقيل في بعض البلدان يكون قيمة العلو اكثر من قيمة السفلى كما في مكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس كما في الكوفة وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفلى وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفلى على العلو * (قوله)

من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفلى فثلثة وثلثون وثلث من السفلى ستة وستون وثلثان
ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوى مائة من العلو المجرد ويجعل
بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل
نصف سنله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابي يوسف رح ان يجعل بازاء خمسين ذراعا
من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان السفلى والعلو
عنده سواء فخمسون ذراعا من الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون منها علوى
قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضى الله عنه هذا الذي ذكره
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولاً وبه قال الشافعى رح
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على
فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى
الشهادة عليه ولا انه لا يصلح مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير
فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوى رح اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض
المشائخ رح لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا
نقول هما لا يجبران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنيا لا اتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانثبت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل
لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو اسر القاضى امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول
الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم *

قوله من البيت الكامل اى المشتمل على العلو والسفل لان علوه مثل نصف السفلى فكان العلو
والسفل مثل مائة ذراع من السفلى وموضوع هذه المسئلة انها في دار واحدة وعنده يقسم اذا كانت
في دار واحدة وان كانت في دارين فمحمولة على رضاهم بذلك الا انهم طلبوا المعادلة من القاضى
وعنده يجوز القسمة على هذا الوجه **قوله** واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان (قبلت)

(كتاب القسمة باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئاً منه في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا بيينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بيينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصائبهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعميهما **قال** رضى الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصل التناقض واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه العصب وهو منكروا **قال** اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا **فسخت** القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من امر التحالف فيما قدم

قبلت شهادتهما اي اذا كان قسمت الدار والارض بين الورثة او المستترين ذكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة انه استوفى نصيبه فبانت شهادتهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد بن ح وهو قول ابي يوسف اولا والشافعي رح الله لا تقبل وذكر الخصاص ان قول محمد رحمه الله مع قوليهما *

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قوله وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء اي اقرب بالاستيفاء **قوله** واليه اشار من بعد ورواه وان **قال** اصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء **فسخت** القسمة لان عدم التحالف عند الاشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى الا ان التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى الا ترى انه يجري التحالف عند صحة الدعوى لوجوبه (موجب)

ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا يعتبر به في البيع فكذا في القسمة
لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فكان هو نظير الاختلاف
في مقدار المبيع ويؤيد قوله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه ما ذكر في قسمة فتاوى
قاضيخان في تقسيم وجوه الغلط حيث قال ومنها ان يكون المنازعة بينهما بعد ما يشهد كل واحد
منهما على التبض واستيفاء الحق بصفة التمام ثم يقول احدهما حقى الذي في يدك وحقك
الذي في يدي او يقول قد قسمناه ولكن اخذت انا بعض حقى دون البعض لا يسمع دعواه
ولا خصومة بعدما شهد على القبض والاستيفاء وفي المبسوط في باب دعوى الغلط من القسمة قال
رجل مات وترك ابنين ودارا فاقسما الدار واخذ كل واحد منهما النصف واشهدا على القسمة
والتبض والوفاء ثم ادعى احدهما ابنتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا ان يقربه صاحبه من قبل
انه اشهد على الوفاء يعنى اقربا استيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه
فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان اقربه صاحبه فاقراة ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى
يثبت الاستحقاق له وان لم يكن اشهد بالوفاء لم يسمع منه اقراره بالقسمة والقول قوله مع يمينه *

قوله ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن فلا يعتبر به في البيع فكذا في القسمة
اذا ظهر في القسمة غبن ان كان بسيرا لا يعتبر اصلا وان كان فاحشا ان كانت القسمة بقضاء القاضي
تبطل عند الكل وان كانت بالتراضي لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب وحكي
عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لعائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان
القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع لا تصح لانه لا فائدة فيه فان البيع من المالك
لا ينقض بالغبن العاجش كبيع الاب والوصي ولعائل ان يقول يسمع هذه الدعوى لان
المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة واذا ظهر في القسمة
غبن فاحش كان شرط جواز القسمة فائتا فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رح (كان)

(كتاب القسمة ١٠٠٠ باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ٠٠٠ فصل)

ولو اقتسمادارا و اصاب كل واحد طائفة فادعى احد هما بيئا في يد الآخر انه مما اصابه
 بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج
 وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على التبعض تحالفا وترادا
 وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه
 لما بينا وان قامت لاحد هما بينة فضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع *

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رجوع بخصه ذلك
 في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض
 بعينه وهكذا ذكر في الاسرار الصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فانه
 في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ والاتفاق

كان يأخذ بالقول الاول وبعض مشائخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني كذا في الدخيرة
 وفي فتاوى قاضيخان جعل القول الاخير ولي وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد
 بن الفضل يسمع دعواه الغلط والغبن ابي بعد ما قسمت الشركة بالنراضي وله ان يبطل
 القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي وهو الصحيح *

قوله ولو اقتسمادارا و اصاب كل واحد طائفة هذه المسئلة عين مسئلة اول الباب الا انها عديدت
 لبناء مسئلة اخرى عليها **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحدود وبان قال احدهما هذا الحد لي قد
 دخل في نصيبه وقال الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيبه والله اعلم *

فصل

قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار في ذكر الاختلاف
 في الاسرار في استحقاق بعض بعينه كذا هنا وقع سهوا لان وضع المسئلة في الاسرار (في)

فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رح وهو الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضا باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة ^{بغير} على هذا الوجه في الابتداء

في استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دارين رجلين اقتسما ما نصيبين ثم استحق النصف من نصيب احدهما شائع عالم يبطل القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن يخبر المستحق عليه ان شاء رد الباقي واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقض وقال ابو يوسف رحمه الله انتقضت القسمة وقول محمد رحمه الله مضطرب فابو يوسف رح يقول القسمة للافراز وحين استحق جزء شائع من نصيب احدهما تبين ان الافراز كان باطلا كما لو استحق النصف من النصيبين جميعا وابو حنيفة رحمه الله يقول بان الاستحقاق لم يوجب شيوعا في نصيب الآخر فلا ينتقض القسمة كما لو استحق بيتا بعينه من نصيب احدهما *

قوله فهذه ثلاثة اوجه الاول ان يستحق جزء شائع من كل الدار والثاني ان يستحق جزء بعينه والوجه الثالث ان يستحق جزء شائع من نصيب احدهم **قوله** لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر وكذلك في نصيب الآخر لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراء ذلك البعض *

(كتاب القسمة ٠٠٠ باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ٠٠٠ فصل)

بان كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فاقسما على ان لاحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كما استحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتريق نصيبه في النصيبين اساءهما لاضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة ان اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثانيين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة فاعيد نصيب النصيبين وان شاء رجع على صاحبه بربع مافي يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصفه الى يده واذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبار اللجز بالكل فلو باع صاحبه المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع مافي يده الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف مافي يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن ثبته نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالثبته فبطلت نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعاق حق الغرماء بالتركه الا اذا بقي من التركة لغيره بالدين ورأى ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ابقاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة ابرأه الورثة من مالهم والدين محيط غير محيط جازت القسمة لان المانع اذ زال وادعى احد المتنازعين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض ان الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة وادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض انما الاقدام على القسمة اعتراف بكون المتسوم مشتركاً *

قوله بان كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث اي لواحد منهما نصيبه والنصف الآخر بين اثنين على السوية والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقسم الاثنان على ان يأخذ احدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر وبأخذ الآخر ما بقي من ذلك وهو الثلث الباقي من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلث اثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلثه ارباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاء الطريق الاولى **قوله** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة اي اذا لم يود الورثة الدين و (لم يبرأ)

فصل في المهايأة

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهابي جمع على التعانق ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل التهابي بموت احدهما ولا بموتهما لاندلوا انتقض لاسانئد الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهاينا في دار واحدة لم يبرأ الغرماء اما اذا اداة الورثة او برأ لغرماء جازت القسمة اعلم ان الورثة ان طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا للتركة فللقاضي لا يقسمها بينهم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين متقدم على الميراث والقسمة لتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها وان كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا يقسمها ايضا بل يوقف الكل لان الدين شاغل لكل جزء من اجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الامتد ار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول ابي حنيفة رحمه الله الاول ولكنه استحسن فقال قلما تخلوا التركة عن دين يسير ويقبح ان يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فلا حسن ان ينظر للفريقين جميعا فيوقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحتهم وانيه نظر للميت ايضا من حيث ان وارثه يقوم لحفظ نصيبه من ذلك ويكون ذلك مضدونا عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه والله اعلم *

فصل في المهايأة

الهيئة هي الحالة الظاهرة للمتهبي للشيء والتهابي يتفاعل فيها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحيقته ان كلامهم يرضى بحالته ويختارها اما المهايأة بابدال الهمزة الفالغنة (وهي)

(كتاب القسمة ١١ باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها ١٠٠ فصل في المهايأة)

على ان يسكن هذا طائفةً وهذا طائفةً ^{طريقاً} او ههنا ههنا وهذا سفلها
 جازلان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة
 وهي في لسان الشرع قسمة المنافع وانها جائزة في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بهامع بقاء
 عينها وهي واجبة اذا طلبها البعض دون البعض وتكلموا في كيفية جوازها قالوا ان كانت في الجنس
 الواحد والمنفعة تتفاوت تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والاراضي يعتبر افراز من وجه مبادلة من وجه
 حتى لا يتفرد احدهما بها واذا طلب احدهما اجبر الآخر عليها ان لم يطلب القسمة وان كانت
 في الجنس المختلف كالدر والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاها وهذا لما
 ذكرنا انها قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الاعيان وهي اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف
 ومبادلة من وجه وافراز من وجه في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً وبعضهم قالوا
 بانها في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً يعتبر افراز من وجه عارية من وجه كان
 ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه له وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه ولا يعتبر
 مبادلة بوجه ما لجوازها في الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جاز فيه لانه يكون مبادلة
 بالمنفعة بجنسها والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه ينفرد احدهما بنقضها بعذر وبغير عذر
 ولو كانت مبادلة من وجه لما تنفرد احدهما لذلك كما في الاجارة لكن الاول اصح لان
 العارية لا تكون بعوض وهذا بعوض لان كل واحد منهما انما يترك المنفعة من نصيبه على
 صاحبه في نوبة صاحبه حتى يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته وانما لم تجز النساء لان القياس
 ان لا تحرم النساء باحد وصفي علة الربو لان الدين مع العين مستويان في القدر الا ان
 للعين فضل الجودة لما ان العين خير من الدين واجود منه وبالفضل من حيث الجودة
 لا تحرم عند وجود وصفي علة الربو فلان لا يحرم عند وجود احدهما ولي الا ان ثبتنا هذه
 الحرمة عند احد وصفي علة الربو بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة
 من كل وجه والمهايأة مبادلة من وجه افراز من وجه فيعمل فيها بالقياس *

قوله على ان يسكن هذا طائفة يعني ناحية من الدار وهذا طائفة اي ناحية اخرى منها * (قوله)

والتهايي في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة شرط ذاك في العقد ولم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو نهايتاني عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايي في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فله اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البدائة نفيا للثمة ولو نهايتاني العبدان على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح ان يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم ولو نهايتانيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحساناً للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها

قوله والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء انما قيد بقوله في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل افرازاً لا مبادلة لانهما اذا تهايتا مكانين في زمان واحد يتحقق معنى الافراز واما اذا كان التهايؤ في الزمانين في مكان واحد لا يمكن جعله افرازاً بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته فكان مبادلة لا افرازاً **قوله** ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة لا يشترط التاقيت كما في الاجارة لانه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلتحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت **قوله** لان التهايؤ في المكان اعدل لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد **قوله** وفي الزمان اكمل لانه ينتفع بجميع الدار **قوله** فان اختاراه من حيث الزمان انما قيد الاختياره من حيث الزمان (و)

ولوتهايثا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ^{تفصيل} القاضي عليه اما عندهما
 فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح
 انه لا يجوز التهايي فبهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف
 قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التاوت يقل في المنافع
 فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما تكثر التفاوت في اعيانها فاعتبر
 مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايي على الركوب عند ابي حنيفة رح وعند من لا يجوز
 اعتبارا بقسمة الا اعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق
 والتهايي في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم
 باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار
 الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز وجه الفرق ان النصيبين
 يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقارة في العتار وتغيره في الحيوانات
 لتوالي اسباب التغير عليها فتتفاوت المعادله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة
 الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايي على المنافع
 فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا تضرة
 زيادة الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية

ولم يطلق لان التسوية في المكان ممكن في الحال بان يسكن هذا بعضها والاخر بعضها
 اما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا ان يمضي مدة احدهما ثم يسكن الآخر مثل
 تلك المدة فيقرع نفيًا للثمة وتطيبها للقلوب *

قوله ولوتهايثا في دارين اي على السكنى والغلة **قوله** وقد قيل لا يجبر عنده وهو قول
 الكرخي رحمه الله **قوله** وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فيه التهايي اصلا اي لا بطريق
 الجبر ولا بطريق التراضي اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة وبالتراضي لانه (بيع)

لما بينا ولو فضل غلة ~~احدهما~~ لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والا فزراجم لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل من صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدین عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فالاولى ان يمنع الجواز

بيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما مر في الاجارات وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر ان الحرمة عند وجود احد وصفي علة الربو ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع والمهياة افراز من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس *

قوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره **قوله** اعتبارا بالتهايي في المنافع وهو التهايو في الاستخدام الخالي عن الاستغلال **قوله** لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايو في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فالولى ان لا يجوز في العبدین ولكنهما يفرقان بين جواز التهايو في استغلال العبدین وبين عدم جواز التهايو في استغلال العبد الواحد ذكره في المبسوط وقال فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجم في غلة العبدین لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز ذلك كما في المهياة في الخدمة وفي غلة الدارين فاما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لانه يصل احدهما الى الغلة قبل ان يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة احدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع عن الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لان الغالب فيها السلامة * (قوله)

والتهايي في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان ^ب قسمتها لكونها عينا ولا ان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلاهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجرا وغنم بين اثنين فتهايتا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب لبنها لا يجوز لان المهاباة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها النسيئة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او يستفيع بالبن بقداره معلوم استقرضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب *

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والرابع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي السريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقال لا جائزة لاروي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركه بين المال والعدل

قوله والتهايي في الخدمة جوز ضرورة هذا جواب اشكال يرد على قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر وهو ان يقال لو كان التعليل بالتفاوت في اعيان الرقيق معولا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام فاجاب ان في الاستخدام ضرورة لانه لا يمكن قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها عينا **قوله** الحيلة ان يبيع حصته من الآخري من الشجر والغنم والله اعلم *

كتاب المزارعة

قوله اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع هي تقتضي فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يوجد من احد الجانبين وانما سمي بها بطريق التغليب كالمصاربة مفاعلة من الضرب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة وانما قيد بالثلث والرابع مع انه لا يجوز المزارعة بالنصف ايضا وكذا بالخمس والسدس (وغير)

فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذالمال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد

وغير ذلك من المقادير عنده تبركا بلفظ الحديث وهو ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخاربة فليل والمخاربة في المزارعة بالثلث والرابع وانما خص بالحديث بذلك لما كان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير *

قوله فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان الانسان قد يكون له ارض المزارعة ولا يهتدي اليها وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فتثبت الحاجة الى انعقادها لينتظم مصالحتهما ويحصل مقصودهما من الربع كما في المضاربة فان ذالمال لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابرسم فان تلك الزوائد يتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم يتحقق شركة مع انه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر فاما ههنا فلعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان فافتراق **قوله** وله ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة من الخبير وهو الاكابر لمعاليجه الخبر وهي الارض الرخوة وقيل من الخبرة وهي النصيب **قوله** ولانه استيجار والدليل على انه استيجار هو انه لا يسم بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استيجارا ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها **قوله** ولان الاجر مجهول اي على تقدير وجود (ا)

ومعاملة النبي ﷺ عليه السلام اهل خير كان خراج مناسمة ^{بما سبق} بق المن و"صحيح وهو جاتز
 واذا فسدت عنده فان سنى الارض وكرّيتها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى
 اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه
 اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه والآخر الاجر
 الخارج فانه لا يعلم ما شرطه من الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة افدرة او اقل او اكثر
 او معدوم اي على تقدير ان لا يخرج من الارض شيء اذا اصابته آفة او ان ذلك الاجر
 لا يثبت في الذمة فيكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا استأجر شيئا ولبس في ماله شيء
 من الاجر حيث يصح الاستيجار لو حود الاجر في الذمة *

قوله ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خير كان خراج مناسمة الخراج على نوعين خراج
 وطبعة وخراج مقاسمة فالوظيفة هو ان يوظف الامام كل سنة على مال كما صالح النبي عليه
 الصلوة والسلام مع اهل نجران على ان يودوا كل سنة الف ومائتي حلّة ستمائة في محرم وستمائه
 في رجب والمقاسمة هي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم
 مع اهل خيبر على ان ما يخرج من اراضيهم نصفه للنبي صلى الله عليه وسلم ونصفه لاهلها كما
 ذكره الامام المحبوبي رح في زكوة الجامع الصغير وليس في هذا الحديث حجة لمن حوز
 المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز فانه عليه الصلوة والسلام
 ملكه غنيمة وكان ما ترك في ايديهم فضلا وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة
 المعلومة فلم يصلح الحديث حجة واما الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا لا يصح الاستدلال
 بعقد المضاربة لان معنى الشركة ثم اغلب حتى يصح بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدا
 من العمل والمال جميعا وعقد الشركة عقد ينعتد على محض العمل كما في شركة الاعمال
 فلم يكن المزارعة نظير المضاربة لان معنى الاجارة في المزارعة اغلب لاشتراط المدة فيها
 بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة كذا في الايضاح **قوله** والخارج في الوجهين
 لصاحب البذر لانه نماء ملكه اي فيما اذا كان البذر من قبل العامل او من قبل رب الارض * (قوله)

والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسد للعقد وآل من بيان جنس البذر ليصير الآخر معلوماً **قال** وهي عندهما على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لآخر حازت المزارعة لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بابترة الخياط وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لآخر حازت لأنه استأجر الأرض ببعض معلوم من الخارج فجوز كما إذا استأجرها بدينارهم، ولو أنه وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر حازت لأنه استأجره العمل بالمال المأجور الآخر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بابترة أو طياً نالطين بمرة وإن كانت الأرض والبذر والبقر والبذر والعمل لا خرفه باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله يجوز أن فالعقد عليه منعة العامل ولا بد من بيان المفرد عليه لأن جهالة تؤدي إلى المأزعة بهما * **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله يعني ينبغي أن لا بشرط فيه من دار معين لأحد إذا جوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك الفرد فلم يبق شركة على ذلك التفسير ومن شرطها بقاء الشركة **قوله** وهي عندهما على أربعة أوجه المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة لأنها على ثلثة أوجه ولا الناسدة لأنها كذلك على ستة أوجه ولا مثاق المزارعة لأنها على ستة أوجه وأعلم أن مسائل المزارعة في الجوار والفساد مبهمة على أصل وهو أن المزارعة تنعقد أجرة وتتم شركة وإنما تنعقد أجرة على منفعة الأرض أو على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لأن الشرع لم يرد به فأخذنا فيه بالقياس لأن الاستيجار ببعض الخارج لا يجوز قياساً على ما في استيجار الأرض واستيجار العامل فقد ورد الشرع به فنقول به ولما كان كذلك كان ما وجد من صور عدم الجواز هو من قبل استيجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج أو كان الشرط على أحدهما شيئ غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الأرض وغير العامل ببعض الخارج وما وجد من صور الجواز متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الأرض والعامل ببعض الخارج وفيه ورد الأثر هذا هو الأصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة **قوله** كما إذا استأجر خياطاً ليخيط (با) (١) (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط واحدة وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم تتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات العائدة وفي رواية لصاحب الارض وبصير مستقر ضا لله ذرقا بضاله باتصاله بارضه *

باب رد اي دابة الخياط كان الاجر كله بازاء الخياطة دون الابرة فكذا هنا يكون الخارج بازاء العمل دون البقر فلم يصرم مستأجرا للبقر ببعض الخارج فيصح *

قوله لانه لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض يجوز فكذا اذا شرط واحدة اي اذا شرط البقر واحدة **قوله** كل ذلك بخلق الله تعالى هذا الكلام في هذا المقام مستغنى عنه لكن فيه تنبيه على انه من اهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقام بها العمل مخلوقة لله تعالى خلافا للمعتزلة وفيه ايضا اشارة الى ان عدم المجانسة ليس باعتبار ان احدهما يخلق الله تعالى والاخر ليس كذلك على ما قاله البعض بل كل واحد منهما يخلق الله تعالى وعدم المجانسة لمعنى آخر **قوله** بخلاف جانب العمل لانه تجانست المنفعتان لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل **قوله** وههنا وجهان آخران اي فاسدان **قوله** لانه لا يجوز عند الانفراد اي انفراد البذر والبقر بان كان من احدهما البقر لا غيرا والبذر لا غير **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر والوجهان ما ذكرهما فا حد هما ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للآخر وذكر في المبسوط بعد ما ذكر هذا فقال بقي اشكال وهو انه اوجب لصاحب الارض اجر (مثل)

قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة على ما بينا لانه عقد على منافع العمل وان يكون
 الخراج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفرا نامسماة فهي باطله لان به تنقطع
 الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط درهم معدودة لاحدهما في المضاربة
 وكذا اذا شرط ان يرفع صاحب البذر بذرة ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة
 في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية
 وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخراج لنفسه والآخر
 والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمه الباقي بينهما
 والارض عشرية **قال** وكذلك ان شرطا ما على المأذيات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط
 لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع
 وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط
 لاحدهما التبن والآخر الحب لانه عسى ان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن
 وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود
 وهو الحب ولو شرط الحب نصفين ولم ينعرصا للتبن صححت لاشترائهما الشركة فيما
 هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه الاحتياج الى الشرط

مثل ارضه ولم يسلم صاحب الارض ههنا الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه
 اجر مثله ولكننا نقول صارت منفعة اي منفعة العامل ومنفعة الارض كلها مسلمة الى
 صاحب البذر بسلامة الخراج له حكما وكذلك ان لم يخرج الارض شيئا لان عمل العامل
 بامره في القاء بذرة كعمله بنفسه فيستوجب اجرا للمثل عليه في الوجهين *

قوله الا على مدة معلومة لما بينا اراد به قوله في بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة
 لانه عقد على منافع الارض الى آخره **قوله** وصار كما اذا شرط رفع الخراج هذا اذا كان
 الخراج موظفا ما اذا كان خراج مقاسمة فهو جائزة **قوله** ما على المأذيات والسواقي (١)

والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشائخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا للحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يودي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا بلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى بلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج

لما ذيات جميع الماذايان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول فارسي معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواني جمع سافية وهي فوق الجدول ودون النهر * **قوله** والمفسد هو الشرط اي المفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذي لا يلزم العقد وهو ان يشترط التبن لغير صاحب البذر وهنا سكتا من ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط لفاسد لا يكون مفسدا اعتبارا للعرف فيما ينص عليه المتعاقدان والعرف عندهم ان الحب التبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب والجواب عما قاله مشائخ بلخ ان الاصل فيها عدم الجوار لانها ثبتت مع المنافي فبتدريه او وجد المجوز يعمل به ومالم يوجد فلا **قوله** والتبع يقوم بشرط الاصل اي يثبت بشرط الاصل وقد وجد شرائط صحة الشركة في الاصل وهو الحب لانهما اشترطافيه الشركة فثبت الشركة في التبن ايضا تبع للحب كالامام زاد خل المصرونوى الإقامة يصير الجندي مقيما وان لم يكن في موضع الإقامة وكذا لمولى مع العبد **قوله** وان شرطا التبن الاخر اي لغير صاحب البذر فسدت لانه شرط يودي الى قطع الشركة وربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن **قوله** وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره فان قيل يشكل على هذا ما اذا استأجر رجلا اجرة هي عين فعل الاجر وهلك الاجرة قبل التسليم على هذا يجب على المستأجر (١)

قال واذا افسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد
فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر
مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد ر ح له اجر مثله بالغامابلع لانه استوفى منافع بعقد فاسد فيجب عليه
قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر
مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه ردها وقد تعذر ولا مثل لها
فيجب رد قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه
ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر
هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذرة
في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ
قدر بذرة وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البقر ويخرج من الارض وفساد
الملك في منافع الارض اوجب خبائفيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به *

اجر المثل فينبغي ان يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك
الاجر قبل التسليم وانما قلنا ان الاجر المسمى ههنا منزلة الاجرة التي هي عين لاله لو اراد
ان يعطيه الخارج من ارض اخرى لا يجوز وان كان ذلك مثل نصيبه فيما زرع
قلنا انما يجب اجر المثل فيما اذا كانت الاجرة عينا لو هلك قبل التسليم اما اذا هلك
بعد التسليم الى الآخر لا يجب وههنا هلك بعده لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه
الخارج وقبض الاصل قبض الفرع فيصير كالتقاضي للاجر من هذا الوجه والاجر العين
متى هلك بعد قبض الاجير لا يجب شيء آخر *

قوله فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح هو احتراز عن قول بعض اصحابنا
فانهم قالوا معنى قول محمد رحمه الله فعلى العامل اجر مثل الارض والبقران (يغرم)

قال وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضر يلزمه فصار كما استأجر أجيرا يهدم داره وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة إلا إذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة **قال** ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كسب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب قبل هذا في الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غرة في ذلك **قال** وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة

يغرم له أجر مثل الأرض مكروبة فاما البقر لا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينقضي العقد عليه صحيحا ولا فاسدا إذ وجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تقوم إلا بالعقد ولكن الأصح أن عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينقضي عليها عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب أجره مثلها كما يجب أجر مثل الأرض كذا في المبسوط *

قوله فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه أي قبل القاء البذر وأما بعد القائه فيجبر لأن عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد القاء البذر **قوله** لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر على إقامة العمل كما التزمه بالعقد وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه فاما إذا امتنع صاحب البذر من العمل ففي الزام موجب العقد إياه ضرر فيما لم يتناوله العقد لأن البذر ليس بمعقود عليه وفي القائه في الأرض اتلافه كذا في المبسوط **قوله** فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غرة يعني بأن يعطي العامل أجر مثل عمله لأنه إنما استعمل بإقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فإذا أخذ الأرض بعدما أقام هذه الأعمال من كراب الأرض وحفرها لأنهار كان هو غار العامل ملحقا للضرر به والغرور مدفوع فينبغي أن يطلب رضاه * (قوله)

وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض تركت الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزرع بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلته ما عدل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادرج لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهلون من الابطال ويخرجه الناضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم **قال** واذا انتقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر اصل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حثوئهما معناه حتى يستحصد لان في تبقي الزرع باجر المل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك **قوله** وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة والاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز **قوله** تركت الارض في يد المزارع حتى يستحصد اي يبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد ولا يثبت اجارة مبتدأة حتى لا يجب الاجر على المزارع **قوله** كما نبينه اشارة الى قوله لان المنافع انما تقوم بالعقد الى آخره **قوله** معناه حتى يستحصد الزرع اي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما يريد ان النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع * (قوله)

وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما همنا لعقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان اتفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقل لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذ بقل قليل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او اتفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولومات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابتى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا الا بابقينا العقد نظر الهم فاذا ارادوا اقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلث لما بينا **قال** وكذلك اجرة الحصاد موردون

قوله وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل مسألة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في الاحكام الثلث وهي وجوب اجر الارض والاشتراك في النفقة والاشتراك في العمل حيث لم يجز اجر مثل نصيبه من الارض على العامل **قوله** فان اتفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع لانه اتفق على ملك الغير بغير امره وبغير امر من يلي عليه فان قيل هو مضطر في هذا الاتفاق لانه يحبي حق نفسه فلا يوصف بالتبرع قلنا هو غير مضطر في هذا الاتفاق لانه يمكنه الاتفاق بامر القاضي ولانه غير مجبر على الاتفاق فكان تطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا اشتريت فانفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه كان متطوعا في ذلك **قوله** لم يجبروا على العمل لما بينا وهو قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره الى آخره **قوله** والمالك على الخيارات الثلث لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بأكملها اذا عمل على العامل مستحق لبقاء العقد *

(قوله)

مزارعة

والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة هو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يتنصيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الاثمة السرخسي: اذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب وذلك عليهما لانهما انهما العقد لما عزم على الفصل والجداد بسرا فصلا كما بعد الادراك والله اعلم *

قوله والرفاع وهو ان يرفع الزرع الى اليبس **قوله** وهذا الحكم اي كون اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا شرط ذلك على العامل وقال الفقيه ابو بكر رحمه الله كان محمد بن سلمة وغيره من مشائخ بلخ يعتون بجواز المزارعة مع هذه الشروط بنيدون على هذا ويقولون يجوز بشرط التنقية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشروط متعارف فيما بين الناس كذا في الذخيرة **قوله** لانه مال مشترك سماه بعد القسمة مشتركا باعتبار ما كان او باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما كما يقال شركاء القرية واملاكهم متميزة ومتعينة الا انهم يسدون الشركاء باعتبار اتصال املاكهم بعضها ببعض والله اعلم * (كتاب)

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقال جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة (في الاشجار) والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتبع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعاله كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لا دراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن

كتاب المساقاة

هي مفاعلة من السقي وهي المعاملة في الاشجار ببعض الخارج منها قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر اي مشاعا باطلة وقال جائزة وقال الشافعي ومالك رحمهما الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتبع للمعاملة وشرط التبعية عند مالك ان يكون الاصل ضعف التبعية لان به يتحقق التبعية والمعاملة انما يصح عنده اذا شرط النفقات كلها على العامل لانه من تمام العمل **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة اي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة وفي فتاوى قاضي خان وشرائطها منها بيان نصيب العامل فان بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما قلنا في المزارعة ومنها الشركة في الخارج كما في المزارعة ومنها التولية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا ويقع العقد على اول ثمرة تكون في تلك السنة فان لم يخرج في تلك السنة ثمرة ينتقض المعاملة * (قوله)

وأدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة أدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفاً وصيفاً وربيعاً والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتنازلت بقوة الأرض وضعفها تفاوتاً فاحشاً وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعاً لما بينا في المزارعة أن شرط جزء معين يقطع الشراكة *

قوله وأدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة أدراك الثمر أي إذا دفع إليه رطبة قد انتهت جزاؤها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وتفاوتها جزئاً استحساناً لأن أدراك البذر وقتاً معلوماً عند المزارعين والبذر إنما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً والرطبة لصاحبها **قوله** بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من يزرع في الصيف وإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر صرفاً كان الانتهاء كذلك فكانت المدة معدومة فلا يجوز **قوله** ولم يبلغ الثمر أي ولم يبلغ الغرس الأثمار حيث لا يجوز إلا ببيان المدة فإن يذكر سنين معلومة لأنه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر والأشجار يتناوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الأرض بالقوة والضعف فإن بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوماً فيجوز وإن لم يبين ذلك لا يجوز **قوله** وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أي حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها أي حينئذ لا يجوز أما إذا دفع النخل أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقاً فيجوز إذا كان للرطبة جزاء معلوم ويقع المعاملة في النخل على أول ثمرة يخرج وفي الرطبة على أول جزء يجزأ ما إذا لم يكن للرطبة جزاء معلوم فلا يجوز سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق ولم يذكر شيئاً وهو المراد من قوله أو أطلق في الرطبة لأن في كل منها جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخل فإنه (لوقيد)

وان سمي في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سمي بمدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر للعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بأفة فلا يتبين فساد المدة فبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رح في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثري وقد خصها وهو حديث خبير ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خبر لا يخصصها لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فلا اصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه *

لو قيد بقوله دفعته معااملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق من ذلك فهو جائز ويقع المعاملة على اول ثمر يخرج في تلك السنة وفي المبسوط في باب المعاملة ولو دفع اليه اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيهما حتى يذهب اصولها وينقطع نبتها على ان الخارج بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلك النخل والشجر لانه ليس اذ لك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة في المعاملات تفسد المعاملة وفي الايضاح والذخيرة ولو دفع الى رجل اصول رطبة ثابتة في الارض معااملة ولم يسم سنة ولا اكثر من ذلك فهذا على وجهين فان لم يكن لجزاها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزاها وقت معلوم فالعقد جائز وتقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما يزداد طولاً بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزاة معلوما كان مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان ادراكه وقتا معلوما اذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وان طال الزمان اما الرطبة بخلافها **قوله** فلا اصل في النصوص ان يكون (معلولة)

قال فان دفع نخلافه تدر مساقاة والتمر يزيد بالعدل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصدا وادرك لم يجز لار السامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو حوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العدل *

قال وان افسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالمال افسدت

قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض

والخارج بسرف للعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك التسروان كره ذلك

ورثة رب الارض استحقاقا فيبقى العقد فعال للضرر عنده ولا ضرر فيه على الآخر والتزم

العامل الضرر بتخير ورثة الآخرين ان يقتسموا البسر على الشرط ويبين ان يعطوه قيمة نصيبه

من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العادل من التدر

لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيرة في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه

وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصترهوه بسرا كان صاحب

الارض بين الخيارات الثلثة التي بينها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لثمة امهم من ماله

• معلولة سيما على اصله فانه يقول بالتعليل ولا يشترط اقامة الدليل على ان هذا النص معاوان في

الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكرم باعتبار ورود الاثر فيهما *

قوله بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بينا اي اذا امتنع صاحب البذر

لا يجبر عليه لان في القاء البذر في الارض اتلاف ملكه فله ان لا يرضى به وهذا لا يحتاج

رب الكرم في ايفاء العقد الى اتلاف شيء من ماله فيلزم العقد من الجانبين ولا ينفرد

واحد منهما بفسخه لا بعد ركائز الاجارات **قوله** بين الخيارات الثلثة التي بينها اي ان شاء

جزوا البسر فقسموه على الشرط وان شاء اعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله بينهم وان

شاء انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الشراك في المزارعة (قوله)

وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لان يكون
 وراثته في الخيار فان ابى رثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك الى وراثته
 رب الارض على ما وصفنا **قال** واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسرا حضر فهذا الاول
 سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجارة
 بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا
 وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل
 لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها *
قال وتفسخ بالاعذار لما بيننا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل
 سارقا يخاف عليه سرقة السعي والشر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه
 فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة
 ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان

قوله وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لان يكون
 وراثته في الخيار جواب لان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لو رثة العامل
 وفي المبسوط ولو ماتا جميعا كان الخيار في القيام عليه او في تركه الى وراثته العامل لانهم
 يقومون مقام العامل وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الارض فكذلك يكون
 لو رثته بعد موته وليس ههنا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث الموت
 فيما هو حق مالي مستحق عليه وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك **قوله**
 لكن بغير اجر اي على العامل في معاملة نصيبه من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء
 المدة **قوله** لان الشجر لا يجوز استيجارة حتى لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استأجر الاشجار
 الى وقت الادراك لا يجب عليه اجر **قوله** بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت
 مدة المزارعة **قوله** لان الارض يجوز استيجارها فان من اشترى زرعاً في ارض ثم استأجر (ا)

وتأويل أحدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذراً من جهته **قال** ومن دفع أرضاً يضيء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغرس نصفين لم يجز ذلك لا شرائاً الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغرس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعدر رد الغراس لا اتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم بالصواب *

الأرض مدة معلومة جاز ووجب المسمى وإن استأجرها إليه وقت ادراك الزرع ووجب أجر المثل فإذا ظهر هذا الفرق يبتني عليه فرق آخر وهو أن العدل هناك عليهما بحسب ملكهما في الزرع لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لا يستوجب عليه العدل في نصيبه بعد انتهاء المدة وهذا العدل على العامل في الكل لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجر بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العدل كله على العامل إلى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة *

قوله وتأويل أحدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذراً من جهته لأنه تعذر عليه استيلاء المعقود عليه **قوله** وفي تخريجها طريق آخر وهو أن يكون مشترياً نصف الغراس منه بنصف الأرض والغراس مجهولة فلا يجوز **قوله** وهذا أصحهما ذكر في مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة فجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغرس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ثم قال قد بينا في المسئلة طريقين لمشاؤونهم الله في كتاب الاجارات أحدهما أنه اشترى منه نصف الغرس بنصف الأرض والآخرة أنه اشترى منه جميع الغرس بنصف الأرض والأصح أنه استأجر ليحعل أرضه بستاناً بالآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذي يظهر بعمله وآلاته وذلك في معنى قفيز الطحان فيكون فاسداً فعلى هذا قوله في الكتاب (وفي)

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى **إِذَا مَا ذَكَّيْتُمْ** ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما ثبت به الحل تثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام **ذِكْوَةُ الْأَرْضِ يَبْسُهَا وَهِيَ اخْتِيَارِيَّةٌ** كالجرح بين اللبنة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبذل عن الأول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن الأول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكفي به عند العجز عن الأول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى *

وفي تخرجهما طرق أخرى طريق الشراء وان كان فيه طريقان الا ان معنى الشراء يشتملها وطريق آخر طريق الاجارة وهما صحهما وفي فتاوى قاضي خان رجل دفع الى رجل ارضا مدة معلومة على ان يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على ان ما يحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما جازوا الله اعلم بالصواب *

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكوة الذبيح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها وهي شرط لحل الذبيحة لقوله تعالى **إِذَا مَا ذَكَّيْتُمْ** وحكم ما بعد الاستثناء بخالف ما قبله **قوله** فانها تنبئ عنها أي الذكوة تنبئ عن الطهارة قال عليه الصلوة والسلام **ذِكْوَةُ الْأَرْضِ يَبْسُهَا** أي طهارة الارض أي اذا يبت من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكوة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في الصحاح والمغرب **قوله** اودعوى كالكتابي لانه يدعى التوحيد ثم انما يحل ذبيحة الكتابي فيما اذا لم يذكر وقت الذبيح اسم عزيزا واسم المسيح واما اذا ذكر ذلك فلا يحل كما لا يحل (ذبيحة)

(كتاب الذبائح)

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا لقوله تعالى وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ
 ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وأن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان
 لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك
 بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاعقاب والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابي ينتظم
 الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغليبي لأن الشرط قيام الملة على ما مر *

قال ولا توكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غير ناكحي نسائهم
 ولا آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقاد أو دعوى *

قال والمر تدل أنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه
 لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله **قال** والوثني لأنه لا يعتد الملة *

قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم
 الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الجلال والمحرم وهذا لأن الذكوة فعل مشروع
 وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكوة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير
 الصيد صم لأنه فعل مشروع إذا الحرم لا يوم من الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم *

ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله تعالى وَمَا أَهْلٌ بِهِ لغيرِ اللَّهِ فَحَالِ
 الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم *

قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا وهو قوله تعالى إِلَّا مَا دَنَيْتُمْ وهو عام يتناول المسلم
 والكتابي وقوله تعالى وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ والمراد به طعام يلحقه حكم الذكوة من ذبائحهم
 لأنه خص أهل الكتاب بالذكر وفيما لا يلحقه الذكوة يستوي الكتابي والمجوسي كالسبكي برة
قوله ويحل إذا كان يعقل التسمية قيل معناه أن يعلم حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفي نسخة
 والذبيحة أي شرائط الذبح من فري الأوداج ونحوه **قوله** ويضبط أي يقدر على فري الأوداج ويحسن
 القيام به **قوله** فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله حتى لو تمجس يهودي أو نصراني لم يحل له
 ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا في الأصل وإن يهود مجوسي أو ينصر بركل صيدة وذبيحته كما

قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فلا ذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رح
 اكل في الوجهين وقال مالك رح لا تؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء
 وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عمدا رمال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول
 من الشافعي رح مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا
 وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم
 ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل 'خلاف متروك التسمية عامدا ولهذا
 قال ابو يوسف والمشائخ رح ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي
 بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي
 اولم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة
 ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا قوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اِسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ
 الآية نهى وهو التحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي ابن حاتم الطائي رضي الله
 عنه انه عليه السلام قال في آخرة فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب
 فبرك على الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه
 ولكننا نقول في اعتبار ذلك من الحرج لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع

لو كان عليه في الاصل لانه يقر على ما اعتقد عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اجباره
 على العود الى دعوى الاثنين فاذا كان مقرا على ما اعتقده التحق بما كان عليه في الاصل *

قوله ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة لانه
 لو كانت التسمية من شرائط الحل كانت مأمورا بها وفي المأمور لا فرق بين النسيان والعمد
 في العمل كنطع الحلقوم والاداج والتكبير والقراءة في الصلوة انما يقع الفرق في المزجور كالاكل
 والشرب في الصوم لان موجب الهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا فاما موجب الامر
 الايتمار والتارك ناسيا او عامدا لا يكون مؤتمرا **قوله** والسنة وهو حديث عدي وهو قوله عليه
 الصلوة والسلام ا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فان شارك (كلبك)

والسمع غير مجري على ظاهرة اذ لو اراد به لجرت الحاجة وظاهر الاستبعاد وارتفع الخلاف في الصدر
 الاول والاقامة في حق الناس وهو معذور لا يدل عليها في حق العاقد ولا عذر وما رواه
 محمود على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المدبوح
 وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني
 الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعله بقدر عليه حتى اذا اجمع شاة وسمي فذبح
 غيرها ابتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد رسمى واصاب غيره حل وكناى الارسال وان اجمع
 شاة وسمي ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمي على سمي ثم رمى بغيره صيد لا يوكل *
 * * *

كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعمل
 الحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه *

قوله واسمع غير مجري على ظاهرة عندا جواب عن قول مالك رحمة الله عليه، حيث يذبح بظاهر
 قوله ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لان ذبيحة الناس مختلفة في الصدر الاول ولم يجز الاحتجاج
 بينهم بظاهر النص وواريد به ظاهرة اجرت الحاجة بينهم وظاهر التقيد من المخلعين فانزع الخلاف
 بينهم فان قيل الناس مخصوص من النص فيخص العاقد بالتقاس قلنا الناس ليس به مخصوص
 منه لانه اذا كثر تقدير القيام الملة مقام الذكر فان قيل يليق الملة مقام الذكر في حق العاقد ايضا قلنا اقامة الملة
 مقام التسمية في حق الناس بالحديث وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف لا يدل على اقامتها
 مقامها في حق العاقد وهو غير معذور ولان الناس لا يخلو من ان يكون مراد منه او لم يكن وان كان
 مراد الا يكون مخصوصا حينئذ يلزم ارادة العاقد بالطريق الاول وان لم يكن مراد يلزم ارادة العاقد
 صونا للنص عن التعطيل فان قيل النص مجمل فانه لا يدري انه اراد به حال الذبح او حال
 الطبخ او حال اكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلنا اجمع السلف على ان المراد به حال الذبح
 لاسائر الاحوال فلا يكون مجملا **قوله** والاقامة في حق الناس وهو معذور لا يدل عليه في حق
 العاقد ولا عذر جواب عن قول الشافعي رح **قوله** وما رواه اي الشافعي رح وهو قوله صلى الله
 عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي او لم يسم *
 (قوله)

قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذكر موصولاً لا معطوفاً فبكرة ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعاً الا انه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولاً على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصلاً عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جرداً والتسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية وما تداولته الالسين عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر **قوله** وهذه ثلاث مسائل احدها ان يكون موصولاً لا معطوفاً فبكرة ولا يحرم الذبيحة ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله ان قال بالرفع يحل وان قال بالخفض لا يحل هكذا ذكر في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد رحمة الله عليه ان لا يرى الخطاء في النحو معتبراً في باب الصلوة ونحوها لا يحرم الذبيحة كذا في الذخيرة وذكر الامام الترمذي رحمه الله ذكر اسم الله واسم الرسول موصولاً بغير واو فهذا على اوجه اما ان ينصب محمداً او يختصه او يرفعه وفي كلها يحل لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدئاً لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحاً بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس او سمي آخر مع اسم الله تعالى * (قوله)

منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى **فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَاتٌ**
قَالَ الذبيح بين الحلق واللثة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبيح في الحلق كله وسطه واعلاه واسنله
والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللثة واللحيتين ولانه مجمع المجري والعروق فيحصل
بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قَالَ** والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة
الحلقوم والمرئي والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع وان الله السلت
نور صفوهم

قوله منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما اي في قوله تعالى **فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَاتٌ**
وذكر في ذبائح الذخيرة قال البقال والمستحب ان يقول بسم الله والله اكبر ثم قال وذكر
شمس الآئمة الحلواني رحمه الله المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر دون الواو وان قال
مع الواو يكسر لانه يقطع فور التسمية **قوله** وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبيح في الحلق كله
وسطه واعلاه واسنله وما اعاد لفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ان محل الذبيح الحلق وليس
ذلك في قوله الذبيح بين الحلق واللثة وهو رواية المبسوط فاطلاق هذه الرواية يقتضي ان يحل
المذبوح وان وقع الذبيح اعلى من الحلقوم لكونه ما بين اللثة واللحيتين وقد صرح في ذبائح
الذخيرة بان الذبيح اذا وقع اعلى من الحلقوم او اسفل منه لا يحل وفي فتاوى اهل
سمرقند قصاب ذبيح الشاة في ليلة مظلمة فتقطع اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم كلها لانه
ذبيح في غير المذبح وهو الحلقوم فظهر ان رواية الجامع الصغير مقيدة لرواية المبسوط ومخالفة
ما ذكر في فوائد الامام الرستغني رحمه الله عن ذبيح شاة بقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر
وكان يجب ان يبقى مما يلي الرأس اي وكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا
بمعتبر وجوز كلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر
الوداج وتوجد **قوله** افر الاوداج القرى القطع للاصباح والا فراء الا فساد بكسر الهاء
ههنا اليق **قوله** وهي اسم جمع واقله الثلث فان قيل اجمع المحلى بالاف واللام يصير للجنس
ويلغويه معنى الجمع كقوله تعالى **لَا يَحِلُّ لَكَ اِنْسَاءُ قُلْنَا اِنَّ اِيصَارَ إِلَى الْجَنَسِ اِنْ اَلَمْ يَكُنْ اُنْثَى**

فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي رح في الاكتفاء بالحلقوم والمريء الا انه لا يمكن قناع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتمل مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فذلك عند ابي حنيفة رح وقال لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر التدوير رح الاختلاف في مختصرة والمشهور في كتب مشائخنا رح ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا نزع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح اولاً ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانه صاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولا يي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انها رالدم فينوب احد هما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المريء فانه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعها ولا يي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انها رالدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيي بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحريزاً عن زيادة التعذيب

ثم معهود وهذا العروق التي يرد عليها الذبح معهودة معلومة فلا يصار الى الجنس ولا يلغو صيغته الجمع ولان المقصود ازالة الروح وتسييل الدماء السيالة على سبيل التوحية اذ في الابطاء زيادة تعذيب هي منهي عنها وهذا المقصود انما يحصل بقطع هذه العروق لا الفرد منها *
قوله فيتناول الودجين والمريء اي بطريق التغليب **قوله** الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بتقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وانما قال ان النص يتناول المريء (من)

(كتاب الذبائح)

بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئاً احتياطاً بجانب الحرمة
قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعاً حتى لا يكون باطلاً كما لا يكره هذا
 الذبح وقال الشافعي رح المذبح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا
 الظفر والسن فانها مدي الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كذا اذا ذبح بغير المنزوع
 ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروي افرى الاوداج بما شئت وما رواه محمد بن علي بن غير
 المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المنزوع وما خراج الدم
 وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالنقل فيكون في معنى المنخضة وانما
 يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعساراً على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان
قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن والقائم والظفر الثائم فان المذبح
 بهما ميتة لما بينا ونص محمد بن ربح في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصاً وماله لم يحد
 فيه نصاً احتياطاً في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره اولم يؤكل *

من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء لان قطع مجرى النفس ابلغ في حصول المقصود
 من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المري بمجرى النفس *

قوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئاً احتياطاً بجانب الحرمة
 يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكرو ويحتدل ان يريد
 ان الاكثر من الثلث القائم مقام الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير منقطع يكون الباقي
 اكثر ما شرط قطعه للحل وهو الثلث فان قيل المقطوع ايضا اكرو ما شرط قطعه للحل فلماذا عذر
 الاكثر في المنزوع اولى من اعتبا الاكثر في المقطوع ترجيحاً للمحرم ويمكن ان يقال المراد
 الاكثر من الواحد باق فيحرم لان المرخص ترك الواحد لا غير **قوله** كذا الا انهر الدم قيل ان الذي
 ينهر الدم وافرى الاوداج لا يكون ما كولا وروي عن الشيخ الاسي جابي رحمه الله انه
 سئل رسول الله عليه الصلوة والسلام عن آلة الذبح فقال كل ما انهر الدم وافرى الاوداج وانتهى
 تركوا مقدمة الحديث هكذا ذكر هذا الحديث في غرائب الحديث ابو عبيد رضي الله عنه * (قوله)

على ما مر والعجز منحق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر وقع
العجز من ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكوة اضطرار وفي الوجه من لان ذاك
نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحق في صار الى البذل كيف وانما لانسان الدرة
بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا اذنت
في الصحراء فذكوتها العقر وان نذت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن
اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغبرة سواء في البقر والبقر لا يهدأ يدفعان عن انفسهما فلا بد
على اخذهما وان نذا في المصر فيتحق العجز والصيال كاللذان كان لا بد على اخذه
حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل اكله **قال** المستحب في الابل النحر وان دبحها
جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبيح فان نحرهما جاز. يدرداه. الا استحباب فيه طوافه
السنة المتوارثة ولا اجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والحكمة لمخذه السنة
وهي لمعنى في غبرة فلا تنع الجواز والحل خلافا لما يقواه مالك رح انه لا يحل *

قوله على ما مر اي في اول باب الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل من الابل **قوله** اي
وهو قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وهذا الذي ذكره فيدا انما علم ان المردي
مات من عقرة وجرحه وفي الذكوة بعير تردى في بير فوجأة وجاءه يعام انه لا يموت منها مات
لا يؤكل وان كان مشكلا اكل وفي النوادر دجاجة رجل تعلقت شجرة لا يصل اليها صاحبها
فرماها قال ان كان يخاف فونها تؤكل وان كان لا يخاف فونها لا تؤكل وفي الموازل بتمرة
تعسرت عليه الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الواحد حل اكله وان جرحه في غيره ومع
الذبيح ان كان لا يقدر على مذبحة يحل ايضا وان كان يقدر لا يحل **قوله** في الوجه من اي ذبها
توحش من النعم وفيما تردى في بئر **قوله** وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم اي في المردي
قوله والمستحب في الابل النحر وهو قطع العروق في اسل العنق عند الصدر والذبيح قطع
العروق في ادمى العنق تحت المحبين *

قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يוכל اشعرا ولم يشعر وهذا عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن ابن زياد رح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله أنه أصل في الحيوة حتى تتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بأجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف إليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو التزبين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم إذا هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعافي حقه بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا في مقام مقام الكامل فيه عند التعذر

قوله ذكوة الجنين ذكوة أمه أي ذكوة الأم نائبة عن ذكوة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الأمير وبيع الوصي بيع اليتيم وإنما توكل الجنين بذكوة الأم عندهما إذا تم خلقه وإن لم يتم خلقه لا يוכל وفي النوازل رجل له شاة حاصل فأراد ذبحها إن تقاربت الولادة يكره ذبحها لأن فيه تضبيعا لما في بطنها من غير فائدة وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة رح وفيه أيضا الجنين إذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يוכל وهذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روي أن أباسعيد الخدري رضي الله عنه سأل النبي عليه الصلوة والسلام وقال أنا أنحر الجزور ويخرج من بطنها جنين ميت أفأطعمه أم نأكله فقال عليه الصلوة والسلام كلوه فإن ذكوة الجنين ذكوة أمه وإذا كان مذكي يحل بالأجماع أو بقوله تعالى إلا ما ذكيت من الدليل الواضح لهما أنه يحل ذبح الشاة الحامل ولولم يحل الجنين بذبح الأم لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف الحيوان لا لأكله ونهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولأبي حنيفة رح أنه أصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكوة والمراد من الحديث التشبيه بالنبابة أي ذكوة (أ)

وأنما يدخل في البيع تحرياً بالجواز كـيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقتها كـيلا ينفصل من الحرية ولدرقيق والله أعلم بالصواب *

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع و كل ذي مخلب من الطيور و كل ذي ناب من السباع و قوله من السباع ذكر عقيب النوصين فينصرف اليهما فيتناول سباع الشمر والبشائم الجنين كذكوة أمه وما ذكر من القصة أن أباسعيد الخدري رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أي مشرف على الموت قال الله تعالى إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ ومعنى قوله كاره أي أذبحوه وكلوه وأما قولهم أنه يحل ذبح الشاة الحامل ولولم يحل الجنين بذبح الأم لما حل ذبحها حاملاً فأنا أباحه ذبح الحامل لأنه يتوهم أن ينفصل الجنين حياً فيه ذبحه أو لأن المقصود لحوم الأم وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بما كوال لمقصود الجنين *

قوله وأنما يدخل في بيع الأم تحرياً بالجواز يعني الولد أنما يدخل في بيع الأم كـيلا يفسد بيع الأم فإنه لو لم يدخل في بيع الأم كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأم وأنه منسحب بيع الأم فيدخل الولد في بيع الأم تحرياً بالجواز بيع الأم **قوله** ويعتق باعتاقتها يعني أن عتقه عند اعتاق الأم بطريق السراية عن الأم والسراية مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه مذكي من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكوة الاختيار ما هو خلف عنه وهو ما يفيد متصوفاً بوصف المتصوفاً في إفادته وهو الجرح المدمي ولهذا الواصواب السهم الظلف أو القرن فمات لا يحل لعدم الجرح وأما قولهم أنه يغتذي بغذاء الأم قلنا لا نسلم بل يبقية الله تعالى في بطن الأم من غير غذاء أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء والله أعلم بالصواب *

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قوله الناب من الأسان مما يلي الرباعيات والمخلب للطيور كالظفر للإنسان * (قوله)

لاكل ماله مخلب او ناب والسبع كل منتهب ^{فله منزله} مختطف ^{جندله} جارح قاتل عاد ^{عاده} عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا ^{فله منزله} يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والتعلب ^{لونه} فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذوناب فيكره ^{لونه} واليربوع وابن عرس من السباع الهوام ^{لونه}

قوله لاكل ماله مخلب او ناب فاحكامها لمخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والنهد والتعلب والضبع والكلب والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطير الصتر والبازي والنسر والعقاب والشاهين والموثر في الحرمه الا يذاء فهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او الخبيث وهو قد يكون خلقه كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما في الجلالة **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة وانما عده هذه الاوصاف ليبتني عليها قوله كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب هو ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور وفي المبسوط المراد بذى الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالباري والعقاب ومن ذى النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب فلما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين فسر السبع بهذين الوصفين **قوله** كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل لما ان للغذاء من الاثر في ذلك قال عليه الصلوة والسلام لا يرضع لكم الحمقاء فان اللبن يغذي والخبيث حرام بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث **قوله** ويدخل فيه الضبع والتعلب لان لهما نابا يقاتلان بنابه فلا يوكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما وما تمسك به الشافعي رح من حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيده فقال نعم فقيل ابوكل لحمه قال نعم فقيل اشئ سمعته من رسول الله عليه الصلوة والسلام فقال نعم فتاويله ان صح انه كان في الابتداء ثم انتسى بنزول (قوله)

(كتاب الذبائح فصل فيما يحل اكله وما لا يحل)

وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف ^{نبت} قال ولا لباس بغراب الزرع ^{منه} لانه ياكل الحب
وليس من سباع الطير ^{قال} ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف ^{قال} ابو حنيفة رح
لا لباس باكل العقعق لانه يخالط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف
^{قال} وبكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا
واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها عنه حين سأته عن اكله وهو
حجة على الشافعي رح في اباحته والزنبور من الموزيات والسلحفاة من خبائث الحشرات
ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه مني *

قوله تعالى وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فماروي من التحال يحل
على انه كان قبل ثبوت الحرمة كذا في المبسوط *

^{قوله} وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابق
يشبه النسرة في الخلقة يقال له الانوق والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير والنحور
الواحدة بغائة وفي اوله الحركات الثلاث ^{قوله} ولا لباس بغراب الزرع وفي الذخيرة واما
الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وانه لا يكره ونوع منه
لا ياكل الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يخالط الحب بالجيف ياكل الحب مرة والجيف
خى وانه غير مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يكره الغداف وهو
غراب القيط ويكون ضخما وافر الجناحين والفاخته توكل وكذا الدبسي بضم الدال واما
الخفاش فقد ذكر في بعض المواضع انه يوكل وذكر في بعضها انه لا يوكل ^{قوله} واما الضب
لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عائشة رضي الله عنها حين سأته عن اكله وروى
عن عائشة رضي الله عنها انه اهدي اليها ضب فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فسأته
عن اكله فنهاه عنه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال عليه الصلوة والسلام اطعمين
مالا تاكلين وبهذا نأخذ فنقول لا يحل اكل الضب وهو حجة على الشافعي رحمه الله (في)

قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روي عن خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمور عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المنعة وجرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر *

قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو قول مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يبي حنيفة رح قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان كلام رب

في اباحته وما تدسك به الشافعي رح من حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأخذ نفسي يعافه فلا احله ولا احرمه وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على ما تدة النبي عليه الصلوة والسلام وفي الآكلين ابوبكر رضي الله عنه ورسول الله عليه الصلوة والسلام كان ينظر اليه ويضحك قلنا كان ذلك قبل ثبوت الحرمة ونهى النبي عليه الصلوة والسلام عائشة رضي الله عنها عن التصديق بالضب دليل على ان امتناع رسول الله عليه السلام من اكله كان لحرمة لا لانه كان يعافه اذ لم يكن كذلك لا مرها بالتصدق كما امر به في شاة الانصار بقوله اطعموها الاسارى ثم العمل انه متى يعارض الدليلان احدهما يوجب الحظر والاخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر ولا يجوز اكل الحمر الاهلية وكان بشر المريشي يبيع ذلك وهو قول مالك رح وحجة هما ما روي عن عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فتلته قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحى اليّ محرماً الاية وفي الحديث الحروب الغلب رضي الله عنه انه سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق من مالي الا حميرات فتال عليه الصلوة والسلام كل من سمين مالك واعتبراه بالحدار الوحشي وكل حيوان وحشيه مأكول فاهليه مأكول كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا نهى (النبي)

لأنه لا تؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع بدون الأصل وصار كذبهم المجوسي ولنا أن الذكوة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجاسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إمامة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ^{بغير ضرر} ودك المينة والزيت غالب لا يؤكل ويستفاد به في غير الأكل *

سقت إيمان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الأكل ولو كان مأكولاً كان الأولى بيان منفعة الأكل لأنه أعظم وجوه المنافع لأن فيه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع إلى بيان الأدنى عند إظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فإن قيل إنما لم يذكر لأنه يفهم الأعلى بذكر الأدنى بالطريق الأولى قلنا ذلك إنما يصح إذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن بصدد من قبيل بيان النهاية الأثرى إلى قوله تعالى فيما سبق وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ مِنْهَا تَأْكُلُونَ ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير لتركبوها فلو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء آخر من المنافع فلما قال لتركبوها ثبت أن الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولأن البغل حرام وإن ولدته رمكة ولو حلت الرمكة لحل ولدها كولد شاة حبلت من ذئب وولد الاثنان البرية من الحمار ثم قيل الكراهة عند كراهة تحريم وحكي عن عبد الرحيم الكرمي أنه قال كنت متردداً في هذه المسئلة فرأيت أبا حنيفة رح في المنام يقول لي كراهة تحريم يا عبد الرحيم وآية مال صاحب الحصر والهداية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله الكراهة في سورة كما في لبنه وقيل لا بأس بلبنه لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد *

قوله لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً أي بطريق الإصالة **قوله** وفعل المجوسي إمامة في الشرع (لا)

قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رح وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان ومن الشافعي رح انه اطاق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليكم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمود على الاصطيان وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالذهب والطحال

لانه ليس على الوجه المشروع واختلفوا في ان الموجب لطهارة ما لا تؤكل احده مجرد الذبح او الذبح مع التسمية قال بعضهم مجرد الذبح وقال بعضهم بل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكوة وهي عبارة عن الذبح مع التسمية *

قوله من غير فصل اي بين صيد وصيد وقوله والحل ميتته من غير فصل بين ميتته وميتته **قوله** وما سوى السمك خبيث اي يستخبئه الطبع **قوله** فيما روي وهو الحل ميتته على السمك اي محمول على السمك مستثنى عن ذلك اي عن سائر الميتات بقوله عليه الصلوة والسلام احلت لنا ميتتان فان قيل هذا الخبر مخالف لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا الخبر مشهور مويد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب به على ان حل السمك يثبت بدطلق قوله تعالى يا كلون لحماً طرياً وقوله احل لكم صيد البحر قيل هو السمك الطري وطعامه المقدد منه وكذا الميتة والدم المحلى بالالف واللام معهود على ما ذكر في آية اخرى او دماً مسفوحاً فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر *

(قوله)

قال ويكره أكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لا إطلاق
 ماروينا ولا ن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه
 عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا
 وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر
 لا مامات فيه من غير آفة **قال** ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك
 والجراد بلا ذكوة وقال مالك رح لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه وبشويه لأنه صيد
 البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يلحق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه
 ماروينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذ الرجل من الأرض وفيها الميت
 وغيره فقال كلّه كله وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وأن مات حتف أنفه بخلاف
 السمك إذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك
 عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي
في ما يذهب

قوله لا إطلاق ماروينا وهو الحل ميتته **قوله** وعن جماعة من الصحابة وهم علي وابن عباس
 وأبو هريرة وابن عمر رضي الله عنهم مثل مذهبنا وأنه باب لا يعرف قياساً ثبت أنهم قالوا سماعاً
قوله ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وهما نوعان من السمك **قوله** والحجة عليه ماروينا
 وهو قوله أحلت لنا ميتتان ولا يقال خص منه السمك إذا مات من غير آفة فكذا الجراد بالقياس
 لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي لانه في معنى الطافي من كل وجه لانه عليه السلام قال
 في أول الحديث ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا والمراد
 من الطافي ما يموت حتف أنفه من غير سبب حادث بخلاف الجراد فإنه نوع آخر فكان
 العمل بصريح نص ورد فيه أولى من العمل بقياس أو بدلالة نص ورد في نوع آخر ولأن
 موته لا بد من أن يكون بسبب فانه بحري الأصل بري المعاش كما قيل إن بيض
 السمك إذا انحسر عنه الماء تصير جراداً فإذا مات في البر فقد مات في غير موضع (أصله)

وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهي وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا
 قطع بعضها فمات فيحل اكل ما بين وما بقي لان موته باقة وما بين من الحي
 وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب *

اصله واذا مات في الماء فمات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته يروي ان
 مريم رضي الله عنها سألت لهما هنيا فرزقت الجراد وعمر رضي الله عنه كان مريما
 باكل الجراد *

قوله وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهي وهو انه لو وجد في بطن السمك سمكة
 اخرى فانها توكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع
 الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فميتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها وان كانت
 لا يؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب فاذا ماتت السمك في الشبكة
 وهي لا يقدر على التخلص منها واكملت شبة الثاء في الماء لئلا تاكل سمك منه وذلك معلوم
 فلا بأس باكلها فهو في معنى ما انحسر منه الماء وقال عليه الصلوة والسلام وما انحسر منه الماء
 فكل وكذلك لو انجمد الماء فثبت بين الجمود وماتت اما اذا ماتت ببحر الماء او بده فيه
 روايتان في احدي الروايتين يوكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الاخرى لا يوكل
 لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا وروي هشام عن محمد بن حبه انه اذا
 انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لا يوكل وان كان الماء انحسر عن رأسه
 وبقي ذنبه في الماء فهو سبب لموته فتوكل كذا في المبسوط وفي الذخيرة اذا وجد في بطن
 السمك الطافية سمكة انها توكل وان كانت الطافية لا تؤكل عن محمد بن حبه الله في سمكة
 يوجد في بطن الكلب انه لا بأس يريد به اذا لم يتغير ولا بأس باكل سمكة يصيدها المجوسي
 لانها يحل من غير تسمية فان المسلم اذا اخذ السمك وترك التسمية عمدا يحل وما يحل
 بدون التسمية فالمجوسي وغير المجوسي فيه سواء والله اعلم بالصواب * (كتاب)

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي رح ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعرة واطفارة شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا

كتاب الاضحية

هي ما يضحي بها اي يذبح وجمعها الاضاحي ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحاة واضحي وبه يسمى يوم الاضحية اعلم ان القرية المالية نوعان نوع بطريق التملك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب براقته الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تملك *

قوله فلا يأخذ من شعرة واطفارة اي لا يأخذ المضحي من شعر نفسه واطفارة **قوله** لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية قيد بالمالية لانهما يختلفان في الوظائف البدنية فالمسافر يلحقه المشقة في الاداء بالبدن **قوله** وصار كالعتيرة وفي المغرب العتيرة ذبيحة في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام يعنى ان العتيرة لمالم تجب على المسافر لا تحب على المقيم فكذا الاضحية لمالم يكن واجبة على المسافر لا يكون واجبة على المقيم والجامع كون كل واحد منهما قربة يتقرب بها الى الله تعالى وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد وقوله كالعتيرة لبيان العكس والعكس مرجح ومؤكد للعلل *

(قوله)

ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحية وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهراً بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها فيفوت بمضى الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهولة التخيير والعنبرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قبل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالا سلام لكونها قربة

قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب فان قيل اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك اربعاً قبل الظهر لم ينله شفاعتي وقال عليه الصلوة والسلام من ترك سنتي لم ينل شفاعتي قلنا اذا كان محمول على الترك اعتقاداً او الترك اصلاً فان ترك السنة اصلاً حرام ولهذا يجب المقاومة مع جماعة تركوا الاذان وان كان الاذان سنة لان احياء السنة واجب **قوله** لان الاضافة للاختصاص اي لاختصاص المضاف بالمضاف اليه والاختصاص انما يثبت اذا وجد المضاف اليه لا محالة وانما يوجد المضاف اليه لا محالة اذا كان واجباً بالنظر الى الجنس اي جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب ولا يصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فالصوم يجوز في سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان **قوله** والمراد بالارادة جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله اي المراد بها القصد الذي هو ضد السهولة التخيير لانه غير مخير اجماعاً وهذا لا ينافي الوجوب اي من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل **قوله** وهي شاة تقام في رجب على ما قبل فيه اشارة الى الخلاف في تفسير العنبرة وفي الايضاح العنبرة هي ما كان الرجل اذا ولد له الناقة والشاة ذبح اول واد فاكل واطعم وقبل ينذر العرب فيقول اذا بلغ شاة كذا وكذا فعليه ان يذبح من كل عشر منها في رجب كذا قال محمد رحمه الله كان في الجاهلية ذبائح يذبحونها منها العقيقة (و)

وهو منسوخ بالاضحية
 وهو منسوخ بالاضحية
 وهو منسوخ بالاضحية
 وهو منسوخ بالاضحية
 وهو منسوخ بالاضحية
 وهو منسوخ بالاضحية

وبالاقامة لما بينا وبالسار لما رويناه من اشتراط السعة ومقدارة ما يجب به صدقة الفطر وقد مر
 في الصوم والوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به وسنين مقدارة ان شاء الله تعالى
 ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى
 نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي
 عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس
 يموته ويولي عليه وهما وحوذان في الصغير وهذه قرينة محضة والاصل في القرب ان لا تجب
 على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان
 للصغير مال بضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
 وقال محمد وزفر والساعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف
 في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وفيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم
 لان الذرية تتأدى بالاراقة والصدقة بعد ما تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه
 ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما يمكنه ويتناع بما بقي

ومنها الرجبية وهي شاة تذبح في رجب فياكون ويطعمون ومنها الغنيرة كان الرجل
 اذا ولدت له الناقة ذبح اول ولد فاكل واطعم وكلها منسوخ بالاضحية *
قوله وبالاقامة لما بينا وهو قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها
 وبالسار لما رويناه من وجد سعة ولم يضح **قوله** وسنين مقدارة اي مقدار الوقت **قوله** وعن
 ولده الصغير لانه في معنى نفسه لانه يلي نفسه وماله **قوله** فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا
 لان كل واحد منها قرينة ماله تعلق يوم العيد فكانا نظيرين من هذا الوجه وروي عنه
 اي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية والعتوى على ظاهر
 الرواية كذا في فتاوى قاض بخان رحمه الله وجه ظاهر الرواية ان الاضحية لا تشبه صدقة الفطر
 من وجه آخر فان الصدقة تتأدى بالتملك وهذا بالاراقة فيقول بالاستحباب (دون)

ما ينتفع بعينه قال ويذبح من كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الراقعة واحدة وهي القرية الا ان تركناه بالانثرو وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة ارسته او ثلثة ذكره محمد ربح في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن بدائة اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الدال لانعدام وصف القرية في البعض وسنبيته ان شاء الله تعالى وقال مالك ربح تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحية وعنيرة فلنا المراد منه والله اعلم بهم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروي على كل مسلم في كل عام اضحية وعنيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تعالىه واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون واو اتسموا جزاء لا تجوز

دون الوجوب ولان صدقة الفطر اجريت مجرى المونة والراقعة قربة محضة بدليل انها لا يتقرب بها الى العباد فلا يجب بسبب الغير بخلاف التصديق بالمال فانه كما يتقرب به الى الله تعالى يتقرب به الى العباد فلا يكون قربة محضة فجاز ان يجب على الغير بسبب الغير اذا قام الدليل وقد قام الدليل على صدقة الفطر قال عايه الصلوة والسلام ادواعه من تدعون * **قوله** ما ينتفع بعينه اي ببقاء دينه كالثوب ومناخ البيت **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع حتى ان الرجل اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن **قوله** لا يجوز من الكل لانعدام وصف القرية في البعض وسنبيته ان شاء الله تعالى لعل مراده واذا اراد احدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقيين الى آخره **قوله** يؤيده ما يروي على كل مسلم (في)

الا اذا كان معه شيء من الاكارع ^{والجلد} اجمدا اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحى بها
 عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه
 اعدّها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا ^{والاشتراك} والاشتراك هذه صفة وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة
 سمينة يشترى بها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده وكانت الحاجة اليه ماسة
 فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والا حسن ان يفعل ذلك
 قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه

في كل عام اضحية وعتيرة هذا محكم وقوله عليه الصلوة والسلام على كل اهل البيت محتمل
 فحملناه على المحكم ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح هذا احتراز عن قول
 بعض المشائخ رح فانهم قالوا لا يجزيهما لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف
 السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه
 ابو الليث رحمه الله والصدور الشهيد رحمه الله لانه لما جاز ثلثة الاسباع صار نصف
 السبع تبعا وجه ذلك ان نصف السبع وان لم يكن اضحية فهي قربة تبعا للاضحية
 كما اذا ضحى شاة فخرج من بطنها جنين حي فانه يجب عليه ان يضحى بها وان
 لم يجز تضحيته ابتداء *

قوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد يعني اذا كان مع احدهما بعض الاكارع
 ومع الآخر الجلد او بعض الاكارع او مع احدهما بعض الاكارع او الجلد حتى
 يصرف الجنس الى خلاف الجنس فيجوز كما في البيع اي في بيع الجنس مع الجنس جزا فاما
 اذا كان مع احدهما او مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز **قوله** والاشتراك
 هذه صفة اي البيع بطريق التمول **قوله** لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع وفي المبسوط
 واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك لان بنفس الشراء لا تتعين
 الاضحية قبل ان يوجهها *

يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وأبو بكر و
 عمر رضي الله عنهما كانا لا يُضحيان إذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر
 جمعة ولا اضحية **قال** وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لا يجوز
 لأهل الأوصاف الذبح حتى يصلي الإمام العبد فاما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصحاب
 فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه
 واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية ثم
 ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون أهل السواد ولان التأخير لا احتدال
 التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه وآرو بناء حجة
 على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الإمام ثم المعتبر
 في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في مصر يجوز كما اشق النحر
 ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها
 الى خارج مصر فيضحي بها كما طاع النحر وهذا لانها تشبه الزكاة من حيث انها تستطع بهلاك
 المال قبل مضي ايام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان
 الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تستطع بهلاك المال بعد ما طاع النحر من يوم النحر
 ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة
في غير مكة في غير مكة في غير مكة

قوله يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا اراد به قوله لانه اعداها للقرية فيمنع عن بيعها الى آخره
قوله وما رويناه حجة على مالك والشافعي رح في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الإمام اراد به
 قوله عليه الصلوة والسلام ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه وهو لعمري يتناول ما قبل نحر الإمام
 وما بعده **قوله** فيعتبر في الصرف أي في الراقعة مكان المحل أي المال لا مكان الفاعل اعتبارا
 بالزكاة بخلاف صدقة الفطر لانها لا تستطع بهلاك المال بعد ما طاع الفجر من يوم النحر وكان
 محلها الذمة فاعتبرنا فيها مكان المؤدي لانه كان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى * (تواه)

حتى لو اكتفوا بها ^{منهم} اجزتهم وكذا على هذا عكسه وقيل هو جاز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمرو وعلي وابن عباس رض انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القرية وهو الاصل الابعاض وبجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يهضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان احرو وتشريق والتضحية فيها افضل من التصديق بمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تقوت بغوات وقتها والصدقة تؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولولم يضح حتى مضت ايام النحر ^{قوله}

قوله حتى لو اكتفوا بها اجزتهم يعني لا يجب عليهم الذهاب الى الجبابة ولولم يكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب اليها وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارت بين الجواز وعدمه فينبغي ان لا يجوز احتياطا وهذا لانها من حيث كونها بعد الصلوة يجوز ومن حيث كونها قبل الصلوة التي تودي في الجبابة لا يجوز **قوله** وكذا على هذا عكسه اي على القياس والاستحسان اذا صلى اهل الجبابة دون اهل المسجد وقيل هو جائز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبابة فاهل الجبابة اصل وقد صلوا **قوله** كما قالوا اي عمرو وعلي وابن عباس رضي الله عنهم **قوله** وهو الاصل اي الاصل المسارعة الى اداء القرية الالمعارض كما في الاسفار بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه الصلوة والسلام اسفروا وابدوا **قوله** لاحتمال الغلط في ظلمة الليل اي في المذبح او في الشاة في انهاءه او لغيره او بذبح شاة فان فيها بعض الشرائط **قوله** فنزلت منزلة الطواف فان الطواف بالبيت افضل في حق الآفاقي من الصلوة * (قوله)

ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتري لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عند نفاذ اوقات الوقت يجب عليه التصديق اخراجه من العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العزف دية **قال** ولا يصح بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمریضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي *

قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرى من العن والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصارت كالاذن *

قوله ان كان اوجب على نفسه اي شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول اضحي بهذه او يقول لله علي ان اضحي بهذه او يقول علي ان اضحي بهذه او يكون نقرا اشترى شاة بنية الاضحية عليه ان يتصدق بها حية وان ذبح لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدق بلحمها وفضل ما بين قيمتهما مذبوحة وغير مذبوحة كذافي الارض **قوله** يجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية وروى الزعفراني عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يجب وهو قول الشافعي رح لان القرب انما يازم بالشروع او بالذبح ولم يوجد واحد وان اتى بالشراء من الفقير مقر ونا بنية الاضحية بمنزلة الذرود فع النبي صلى الله عليه وسلم الى حكم من حرام او الى غيره دينار يشتري بها اضحية فاشترى شاتين وباعها بدینار بن ثم اشترى بدینار شاة فجاء بالشاة والدينار فامر النبي عليه الصلوة والسلام ان يضحي الشاة بتصدق بالدينار منه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى ان الاضحية لزمته بمجرد النية مقر ودا بالشراء اذا تصدق بالدينار **قوله** كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والجامع بينهما ان قضاء ما وجب علي في الاداء بجنس غير جنس الاداء **قوله** البين عرجها هي ان لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وضعنا خنينا بجوز ذكركه خواهر زادة رح **قوله** التي لا تنقي اي ليس لها نقي وهو المنح من شدة العجف * (قوله)

قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جازلان للاكثر حكم الكل
بقاء ذهابها ولا ان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن
ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين
والالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم بجزء لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا
لورثته فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثير او يروى عنه الربع لانه يحكي حكاية
لكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث
كثير وقال ابو يوسف ومحمد رح انا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما مر
في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال
نولي هو فولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رح وقيل معناه قولي قريب من قولك
وفي كون النصف مانعا وايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رح
ثم معرفة المقدار في غير العين متيسرو في العين قلوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تغلف
لشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأتها من موضع اعلم على ذلك
مكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأتها من مكان اعلم
عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذهب الثلث وان كان نصفا فالنصف *
قال ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة
لقرن لما قلنا والخصي لان لحمها طيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين

قوله بقاء ذهابا اي بقاء الاكثر بقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل والاصل ان
العيب العا حش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان فلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه
ولانه عليه الصلوة والسلام شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون بينا **قوله** واختلفت الرواية
عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر روي عنه اربع روايات وفيه الكل مذكور في الهداية
قوله قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه الله وكان يقول اولا الثلث (قليل)

الملحين موجواين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينه جازلان الجرب في الجلد ولا تنقصه ان
في اللحم وان كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانقص واما الهتماء وهي التي
لا اسنان لها فمن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والفلة وعنده ان بقي ما يمكن
الا عتلاف به اجزاء لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان
مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا تجوز فقديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشترى اسليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان
فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير
بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا
الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على النحر ولو
ضلت او سرقيت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبيح احداهما
وعلى الفقير ذبيحتهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاء استحد ما اخذ بها
خلاف الزفر والشافعي رحمه الله لان حالة الذبيح ومقدماته ملحقة بالذبيح فكانه حصل به اعتبارا
وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فورة وكذا بعد فورة عند محمد رح

قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم رجع وقال الكثير النصف وما زاد على النصف كما هو قولهما
وقيل معناه قولي قريب من قولك لان ابا يوسف رحمه الله اعتبر الاكثر من النصف
وابا حنيفة رح اعتبر الاكثر من الثلث والثلث اقرب الى النصف من غيره *

قوله الملحين موجواين كبش املاح فيه ملحقة وهي بياض يشوبه شعرات سود وهي من
لون الملح والتوجاء على فعال نوع من الخصاء وهوان يضرب العروق بحدبدة ويطعن
فيها من غير اخراج الخصيتين يقال كبش موجوء اذا فعل به ذلك **قوله** ان كان هذا
يعني ان لا يكون هذا وان وقع نادرا لا يجوز **قوله** كما في نصاب الزكاة يعني اذا انتقص (١)

خلافاً لابي يوسف رحمه الله حصل بمقدمات الذبيح **قال** والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعاً ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم * **قال** ويجزى من ذلك كله الشئ فصاعداً الا الضأن فان الجذع منه يجزى لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشبهه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني رحمه الله انه ابن سبعة اشهر والنبي منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي ^{سنة} والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل الذئب على الشاة يصحى بالولد * ^{بجذعي}

النصاب بعد الحول ينتقص الواجب بقدره والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعاً المال لا الذمة حتى سقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعاً فكذا في النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان *

قوله خلاف لابي يوسف رحمه الله هو يقول انه لو اخذ من فورة يكون ذلك الفعل سبباً من اسباب هذا الذبيح باعتبار الفور فيلحق به اما اذا انقطع الفور فالفعل الذي حصل به العيب لا يكون سبباً من اسباب هذا الذبيح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما لو حصل بفعل آخر **قوله** والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء قيد بمذهب الفقهاء احترازاً عن قول اهل اللغة وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الشئ الا انه من الابل في السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة والجمع جذعان وجذاع وعن الزهري الجذع من المعز ستة اشهر ومن الضأن لثمانية اشهر **قوله** لانها هي الاصل في التبعية ذكر في الايضاح لان جانبها مرجح على جانب الفحل لانه يختلف فيها *

(قوله)

قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وفالت الورثة اذ يحوها

عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك السنة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم تجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصدا لكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لا اتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قرينة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قرينة والاراقة لا تنجز في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجوار وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالا عناق من الميت لكان نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة ارام ولد دار لما بينا انه قرينة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغيران الورثة لا يجز بهم لانه لم يقع بعضها قرينة وفيما تقدم وجدنا الاذن من الورثة فكان قرينة *

قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جار ان يؤكل غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلث الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثنان *

قوله وقالت الورثة اي الكبار منهم **قوله** ولو ذبحوها عن صغير من الورثة ارام واد جاز اي على الاستحسان اذا كان احد الشركاء ام ولد ضحى عنها مولاها وصغيرا ضحى عنه ابوه جاز لما بينا انه قرينة مالية فيجوز عن الغير والاختلاف انه ليس على المولى ان يضحي عن احد من ممالئكه فاذا تبرع بذلك جاز واذا جعل شريكا في بدنة ففيه قياس واستحسان **قوله** ويأكل من لحم الاضحية وفي الذخيرة اذا نذر ذبح شاة لا يأكل منها (الناذر)

قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبذل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمويل واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد او اللحم بالدرهم او بما لا ينتفع الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطى اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهى عن البيع ايضا النادر ولو اكل فعليه قيمة ما اكل القانع السائل من القنوع لا من القناعة والمعترا الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل *

قوله وذاك مثل ما ذكرنا يعني كالنطع والجراب والغربال والقدرة والقصة لانه لو دبعه وانتفع به في بيته يجوز فكذا اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان للبذل حكم المبدل **قوله** كالخل والابازير جمع الابزار وهو خلط القدر كالارز والحمص وغيرهما **قوله** واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح وفي الاجناس لو اراد بيع لحم الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك وليس له في اللحم الا ان يطعم او يأكل فصار حاصل الجواب في الجلد انه لو باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز ولو باعه بشيء لا ينتفع به الا بعد ما استهلكه لا يجوز وفي اللحم لا يجوز اطلاقا سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه او باعه بشيء لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الجواب في اللحم كالجواب في الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز وتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وهذا هو اختيار صاحب الهداية **قوله** لان القربة انتقلت الى بدله لان معنى التمويل سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع وجب التصديق كذا في الايضاح فان قيل ينبغي ان لا يجوز بيعه لقوله عليه الصلوة والسلام من باع جلد الاضحية فلا اضحية له قلنا هذا يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم * (قول)

لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم
اقامة القرية بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القرية بها كما في الهدى
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف *

قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان نحشن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل
ان يستعين بغيره وانما استعان بغيره ينبغي ان يشهد بها بنفسه لقوله عليه السلام لا طمئنة
رضي الله عنها قومي واشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب *
قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هوفية وهوليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه
من اهل الذكوة والقرية اقيمت بانابته ونيتة بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من
اهل الذكوة فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخراتين
عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه
لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رح
وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير
امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشترها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية

قوله لانه في معنى البيع لان كل واحد منهما معاوضة لانه انما يعطى الجزاء بمقابلة جزاءه والبيع مكروه
فكذا ما هو في معناه **قوله** ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف اي كما يكره له الانتفاع
بصوفها وهذا لان اللبن يتولد من عنبها وقد جعلها للقرية فلا تصرف شيئا منها الى من منفعته بنفسه بل
ان يبلغ محلها ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينتقص اللبن فلا يتادى به الا ان هذا انما ينتفع
اذا كان بقرب من ايام النحر واما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانيا وثالثا بعد ما ينتقص
ولكن ينبغي ان يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطي قبل ان يبلغ محلها فان عليه ان يذبحه
ويتصدق بلحمه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ومن اصحابنا رح من يقول بان كراهة حلب لبن
الاضحية وجز صوفها في الشاة وفي الناقة التي اوجبها وليست بواجبة كالمعسر اذا (اشترى)

حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذ ناله دلالة لانها تغوت بهضي هذه الايام وعساء يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يغوته امر مستحب وهوان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرضيه واعلمنا ان رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرتة فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والخطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عاياه او رفع الجرة واما اليها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الشريق فاوقدها النار فيه (تطبخه) او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ماستطعت عطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة وان ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحاً فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياً خذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كان قد اكلاً ثم علما فليحل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذلك ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحي بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها سابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحي بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم بالصواب *

اشترى اضحية فاما الموسر اذا عين الاضحية فلا بأس بالحلب والجزلان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو واجب في ذمته ويسقط عنه بالذبح فقبل الذبح صارت هذه وغيرها سواء *

قوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر هذا في نذر الغني وشراء الفقير **قوله** ويكره ان يبدل بها غيرها اي اذا كان غنيا **قوله** اذ ناله دلالة الاذن دلالة كالاذن (صريحاً)

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد بن حنيفة عن نصابان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا فاطعالم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشمل على فصول منها *

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رح يكره اكل لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رح لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف رح انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها والابن متولد من اللحم واخذ حكه *

قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والنضة للرجال والنساء نذره عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والنضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم راتي امرؤ يرفرف في شراب في اناء فضة فام يقبله وقال لها ناعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت في الشرب صريحا كما في شرب ماء السقاية وذبح شاة شدا القصاب رجلها للذبح لان النساء تعبت للذبح لشدا الرجل فيكون راضيا بالذبح دلالة مع انه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هذا والله اعلم *

كتاب الكراهية

هي ضد الرضا والارادة لغو في الشرع ما هو المذكور في الكتاب *

قوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وذكر محمد بن حنيفة الله في المبسوط ان ابا يوسف قال لا يكره حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم

قوله يكره لحوم الاتن والبانها خص الاتن مع شمول الكراهية لحم سائر الحمار يستقيم طيب

قوله عليه يجر جري في بطنه نار جهنم في المغرب هذا محفوظا من النكاح بنصب الرء ومعه يرددها من جرجر الفحل اذا ارد صوتها في حنجرته وتفسير الازهري يجر جري يحذر يعني يرسل وكذا نقله صاحب القرينين واماما في الفردوس من رفع النار وتفسير يجر جري صوت فليس بذلك (قوله)

فكذا في الأدهان ونحوه لانه في معناه ولا نه تشبه بزبي المشركين وتنع بتنع المترفين والمُسرفين
 وقال في الجامع الصغير يكرة ومرادة التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي
 وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما شبه
 ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا **قال** ولا لباس باستعمال آنية الرصاص والزجاج
 والباور والعقيق وقال الشافعي رح يكرة لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به
 قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة *

قال ويجوز الشرب في الأناء المفضضة عند أبي حنيفة رحمه الله والركوب في السرج
 المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة
 ومعناه يتقي موضع الغم وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس
 وقال أبو يوسف يكرة ذلك وقول محمد يروي مع أبي حنيفة ويروي مع أبي يوسف رح
 وعلى هذا الخلاف الأناء المصنوب بالذهب والفضة والكرسي المصنوب بهما وكذا اذا جعل ذلك
 في السيف والمشهد وحلقة المرأة او جعل المصحف مدحبا ومفضضا وكذا الاختلاف في اللجام
 والركاب والنفرا اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا
 الاختلاف فيبا يخلص فاما التبويه الذي لا يخلص فلا لباس به بالاجماع لهما ان مستعمل
 جزء من الأناء مستعمل جميع الاجزاء فيكرة كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة

قوله وكذا في الأدهان ونحوه لانه في معناه قيل صورة الأدهان المحرم هو ان يأخذ آنية
 الذهب والفضة ويصب به الدهن على الرأس اما اذا دخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه
 على الرأس لا يكرة كذا ذكره صاحب الذخيرة في شرح الجامع الصغير **قوله** وفي السرير والسرج
 موضع الجلوس اي يتقي موضع الجلوس يقال باب مضرب اي مشدود بالضباب وهي الحديدية
 العريضة التي يضرب بها ومنه ضرب اسنانه بالفضة اذا شدد ها بها كذا في المغرب وفي الذخيرة الضبة
 الذهب العريض او الفضة العريضة يجعل على وجه الباب وما شبه ذلك والمراد بحلقة المرأة
 التي يكون حوالى المرأة لا ما يأخذ منه المرأة بيدها فان ذلك مكروه بالاتفاق * (قوله)

ولأبي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالحبة المكفوفة بالحريرو العلم
في الثوب ومسما راذهب في النص *

قال ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين
يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة تنوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان
ياكل منه عناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يتقبل في الحرمة

قال ويجوز ان يقبل في الهدايا والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعت عادة
على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمباينة
في السوق فلولا يقبل قولهم يودي الى الحرج وفي الجاهع الصغير اذا قالت جارية ارجل بعثني
مولائي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيره او نفسه لما يات

قوله ولأبي حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع فلا معتبر بالتوابع وحكي ان هذه المسألة وقعت في دار
ابي جعفر الدواني بحضرة ابي حنيفة رح وايدة عصرة نقلت الايدة يكره فقال لأبي حنيفة رح
ما تقول قال ان وضع فمه على الفضة يكره والا لا فقال له ما الحجة فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم
فضة فشرب من كفه اكره فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر فقال ثوب مكفوف لما كف حديد اطراف
كمية بشي من الديباج وقد صح ان النبي صم لبس جبة اطرافها من الديباج **قوله** ومن ارسل
اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله وانما
كان ينبغي ان لا يقبل قوله لانه اخبار بان هذا لحم حلال والحل والحرمة من الديانات لا تتبدل
في الديانات الا قول العدل والمجوسي ليس بعدل لانا نقول انه اخبار بالشراء من يهودي او نصراني
او مسلم وانه من المعاملات وانما ثبت الحل في ضمنه وكذا لو قال اشتريته من غيرهم انبأت
الحرمة فيه ضمني فلما قبل قوله في الشراء ثبت ما في ضمنه لانه كم من شيء ثبت ضمنه
ولا يثبت قصدا كوقف المنقول ضمنا بغير المنقول وكبيع الشرب وغيره **قوله** في الهدايا والاذن
اي في التجارة **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على ايدي هؤلاء * (قوله

قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين الناس فلو شرطنا شرطاً ^{سهلاً} ائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان او فاسقاً كافراً كان او مسلماً عبداً كان او حراً ذكراً كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الناسق متهم والكافر لا يلتزم بالحكم فليس له ان يلزم الحكم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا ينهي له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه انه يجوز القضاء به ^{في ظاهر الرواية} وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي *

قال ويقبل فيها قول العبد والحرو الامّة اذا كانوا عدولاً لان عند العدالة الصدق راجح فالقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقاً او مستوراً تحرياً فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تبهم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري ^{في ظاهر الرواية} فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء

قوله ولا تقبل قول المستور في ظاهر الرواية وهو الذي لم يعلم عدالته ولا فسقه **قوله** جرياً على مذهبه انه يجوز القضاء به اي يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في الشاهد عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم يطعن الخصم والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبيرة حجة حتى تظهر عدالته **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب يعني اذا اخبره عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء لسقوط احتمال الكذب مع العدالة واما التحري مجرد ظن فيحتاج بالاراقة ان وقع في قلبه انه صادق في اخبارة بنجاسة الماء ولو كان (اكبر)

لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك

اكبر رأيه انه كاذب بتوضاً به ولا يتيمم لترجم جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء *

قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التحري مجرد ظن كان فيه احتمال الخطأ وان لم يترجم احد الجانبين فالاصل هو الطهارة **قوله** ومنها الحل والحرمة اي من باب الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك اي يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة اذا لم يكن فيما اخبره بالحرمة متضمناً زوال الملك اما اذا تضمنه فلا يقبل في الحرمة وفي فتاوى قاضيخان رجل تزوج امرأة فاخبره مسلم ثقة او رجل او امرأة انهما ارتضعا من امرأة واحدة قال في الكتاب احب الي ان ينزّه ويطلقها ويعطيها نصف المهر ان لم يكن دخل بها ولا يثبت الحرمة بخبر الواحد عندنا ما لم يشهد به رجلان او رجل وامرأتان وعلى قول الشافعي رح يثبت حرمة الرضاع بشهادة الاربعة من النساء وانما يتنزه احتياطاً لكان حرمة الوطء فيطلقها كيلا تبقى معلقة فان لم يكن يطلقها ولم ينزّه وسعه ذلك لان ملك الكاح لا يبطل بهذه الشهادة ولو ان مسلماً اشترى لحماً وقبضه فاخبره مسلم ثقة انه ذبيحة المجوسي فانه لا ينبغي للمشتري ان يأكل ولا ان يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك وحرمة العين حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد واما بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك بخلاف ما تقدم لان بقاء الكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة فاذا لم يبطل الكاح بخبر الواحد لا يثبت الحرمة واذا ثبتت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع اذا لم يبطل البيع ولو ان رجلاً اشترى جارية او طعاماً او ورثة ميراثاً او بسبب آخر فلما قبضه اخبره ثقة ان هذا الفلان بن فلان غصبه منه البائع او الواهب او المورث يستحب له التنزه عن ذلك وان لم يتنزه فهو في سعة بخلاف ما لو اخبره انه (ذبيحة)

وفيها تفاصيل وتفرعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا وغناء فلا باس بان يقعد ويأكل **قال** ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا

ذبيحة مجوسي يكره اكله ولا يسعه لان المشهود به ثم حق الله تعالى لاحق العبد حتى لا يزول الحرمة باباحة العبد فيثبت بقول الواحد لانه حجة في الديانات اما الحرمة هنا لحق العباد وشهادة الفرد غير مقبول فيها كما في الكاح كذا في المبسوط *

قوله وفيها تفاصيل وتفرعات ذكرناها في كفاية المنتهي ذكر صاحب المحيط رح ان رجلا دخل على قوم من المسلمين كانوا يأكلون اللحم ويشربون الشراب فدعوه اليهم فقال له مسلم غير الآكلين ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب قد خالطه خمر فقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال بل هو حلال فانه ينظر في حالهم فان كانوا عدولا لا يتلفت الى قول المخبر بالحرمة لان خبر الواحد لا يعارض الجماعة حجة في الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس بحجة في الاحكام ولان الظاهر من حال المسلمين التحرز عن ذبيحة المجوسي وما خالطه الخمر فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبرا مستنكرا فلا يقبل وان كانوا متهمين فانه يأخذ بقول ذلك الواحد ولا يسعه ان يتناول شيئا من ذلك لان خبر الواحد باعتبار حاله مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به لفسقهم ولو كان في القوم رجلان ثقتان يأخذ بقولهما لان الحجة في الاحكام يتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد وان كان فيهم واحد ثقة يعمل فيها باكبر رأييه فان لم يكن فيه رأي واستوى الحالان عنده فلا باس بان يأكل ويشرب ويتوضأ والمصير الى غالب الرأي للمعارضة بين الخبرين وعند المعارضة لا بد من مرجح لاحد الجانبين وغالب الرأي يصلح ان يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلان يصلح مرجحا اولى وان لم يكن له رأي يتمسك باصل الطهارة فان اخبره باحدا لا مريين مملوكان ثقتان يأخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد في الخبر الديني ولا يتحقق المعارضة بين الواحد والمثنى في الخبر لانه (يحصل)

(كتاب الكراهية ٠٠٠ فصل في الاكل والشرب)

لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصي ^{ابا القاسم} فلا يتركها لما اقترنت به
من البدعة من غير كصلوة الجنابة واجبة الاقامة وان حضرته نياحة فان قدر على المنع منهم
وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتديا فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان
في ذلك شين الدين ^{مفسر} وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة ر ح في الكتاب
كان قبل ان يصير مقتديا ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتديا لقوله
تعالى ^{عليهم} فَلَا تَقْعُدُوا ^{الذكرى} مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور ولا يحضر

بحصل من طمانينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد واخبرة باحد الامرين
عبد ثقة وبالاخر حر ثقة عمل فيه باكر الرأي لان الحججة لا يتم من طريق الحكم بخبر
واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فيتحقق المعارضة بين الخبرين فصار
الى الترجيح باكر الرأي وان اخبره باحد الامرين مملوكا نقتان وبالاخر حران
نقتان يأخذ بقول الحرين لان الحججة يتم بقول الحرين ولا يتم بقول المداركين فعند
التعارض يترجح قول الحرين وان اخبره باحد الامرين ثلثة اعداء نقتان وبالاخر
مملوكا نقتان يأخذ بقول العبيد وكذلك ان اخبره باحد الامرين رجل وامرأتان
وبالاخر رجلا ن يأخذ بقول رجل وامرأتين فالحاصل في جنس هذه المسائل ان
خبر المملوك والحر في الامر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة فيطلب الترجيح
اولا من حيث العدد فاذا استوى العدد يطلب الترجيح من حيث التحري فعلى هذا
اذا كان المخبر باحد الامرين اربعة من الاحرار والمخبر بالاخرين يؤخذ بقول الرابع *

قوله لان اجابة الدعوة سنة الى قوله كصلوة الجنابة واجبة الاقامة فان قيل كيف قاس
السنة بالواجب في الاقامة عند اقتران المعصية بها وللواجب قوة ليست للسنة تلتا هذه سنة
ورد الوعيد على تاركها على ما قال عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصي ابا القاسم
فكانت في قرّة الراجب فيثبت الحكم حينئذ فيها على حسب ما يثبت في الواجب * (قوله)

لأنه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هُجِمَ عليه لأنه قد يلزمه ودلت المسئلة على أن الملاحى كلها حرام حتى التغنى بضرب القصب وكذا قول أبي حنيفة رح ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون *

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لأن النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والدياج وقال إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وإنما حل للنساء بحديث آخر

قوله لأنه لم يلزمه حق الدعوة لأن اجابة الدعوة إنما يلزم إذا كانت الدعوة على وجه السنة هذا إذا كانوا لا يتركون بحضرة وإن كانوا يتركون احتشامه واحترامه لا يحضرون حضرة يكون من باب النهي عن المنكر **قوله** ودلت المسئلة على أن الملاحى كلها حرام لأن محمدًا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو وحرام بالنص قال عليه السلام لهو المومن باطل إلا في ثلث تأديبه فرسه وفي رواية صلاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلث فكان باطلا ثم الكلام في الغناء قال بعضهم دلت المسئلة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية لقوله عليه السلام استماع الملاحى معصية والجأوس عايتها مسق والناذذ بها من الكفر إنما قال ذلك على سبيل التشديد وإن سماع بغته فلا اثم عليه وبجبت عليه أن يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه أن صوت اللهو والغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء وقال مشائخنا رح استماع القرآن بلا لحن معصية والتالي والسماع آثمان ومنهم من قال إذا كان وحده فيغنى لدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رح **قوله** حتى التغنى بضرب القصب عني به خشب الحارس والله أعلم بالصواب *

فصل في اللبس

قوله وإنما حل للنساء بحديث آخر قال بعض الفقهاء حرام عليهن لعموم النهي * (قوله)

(كتاب الكراهية فصل في اللبس)

وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم علي رضي الله عندهما النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرب وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكر رامي حلال لانا لهم ويروى حل لانا لهم الا ان القليل عفووه هو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالأعلام والمكشوف بالحري لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحري الا موضع اصبعين اي ثلثة اواربعة اذ الأعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكنوفة بالحري ولا بأس بتوسده والنديم عاهد داني قد فرح وقال يكرة وفي الجامع الصغير ذكر قول محمدرح وحده ولم يذكر قول أبي سريش رجا ذكر القدوري وغيره من المشائخ رجا وكذا الاختلاف في ستر الحري وتعليقه على الأرباب

قوله وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي وابوص موسى وعبد الله بن ثابت بن داعر رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرب وبالاخرى ذهب فقال هذان محرمان علي ذكر رامي حل لانا لهم اي هذان حسان محرمان فثبتت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة وفي ما غيره من جنسه بطريق الدلالة ان نال المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كبل يلزم النسخ مرتين فكيف يجعل المبيح متأخرا وهو قوله حل لانا لهم ونهى النبي عليه السلام عن لبس الحري مطلقا متفردة بالاناءات ولهم ان يلبسه يحتمل ان يكون بيانا لقوله محرمان علي ذكر رامي لان هذا بعد الدلالة ان حكم فيحمل عليه تقبيل للنسخ ولان قوله هذان الحديث نص لبيان التفرقة في حق التحال والحرمة للذكور والانات وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجع على الظاهر ونقول الدلالة على ان مقتضى الحل للانات متأخروا استعمال الاناث من لدن رسول الله عليه الصلوة والسلام التي يومنا هذا من غير تكبر وهذا آية قاطعة على تأخره **قوله** مقدار ثلثة اصابع او اربع اي مضبوطة لا منشورة وفي السير الكبير ان العلم حلال مطلقا سواء كان صغيرا او كبيرا ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي **قوله** وكذا الاختلاف في ستر الحري في تعليقه على الجدار * (قوله)

لهما العمومات ولأنه من زي الأكرسة والجبابرة والنشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه
 اياكم وزى الأعاجم وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط
 عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح
 كالإعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجاً على ما عرف *

قال ولا لباس بلبس الحرير والديباح في الحرب عندهما لما روي الشعبي رح أنه عليه السلام
 رخص في لبس الحرير والديباح في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أرفع لمعرة
 السلاح وأهيب في عين العدو ولبريقه ويكره عند أبي حنيفة رح لأنه لا فصل فيما
 رويها والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداة غير ذلك والمحظور
 لا يستباح إلا للضرورة وما رواه محمود على المخلوط **قال** ولا لباس بلبس ما سداة حرير
 ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا
 يلبسون الخز والخز مسدي بالحرير ولأن النوب إنما يصير ثوباً بالنسيج والنسيج باللحمته

قوله لهما العمومات وهي هذان محرمان الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم لأن اتكي
 على جمرة الفضا أحب الي من أن اتكي على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه أنه أتى
 بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة **قوله** والجامع كونه نموذجاً
 أي يعام بهذا المقدار ما وعدله في الآخرة فإن قيل الجلوس على كرسي الفضة لا يحل
 ولا يحل افتراشه وقد حل الفليل منه وهو لبس الخاتم فلنا ما أطلقنا القليل إلا ليكون نموذجاً
 فإذا انقلب مقصود بقي حراماً كالخدر وهذا لأن الحرير لباس أهل الجنة قال الله تعالى
 وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ فوجب إطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون
 نموذجاً إلى ذلك الكثير الكامل فاما الفضة فلا يكون لباساً في الدار الآخرة وإنما يكون منها
 الكرسي ونحوها فلو أطلقناه لصار عينها مطلقاً وعين شيء لا يصلح نموذجاً **قوله** والخز مسدي
 بالحرير يريد به أن الخز اسم لثوب سداة حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء * (قوله)

فكانت هي المعتبرة دون السدي وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين
 القز والظهارة ولا ارى يحشو القز باس لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس *
قال وما كان لحمته حريرا وسداة غير حريرا باس نه في الحرب للضرورة ويكره في غيره
 لانعداه واولا اعتبار للحمة على ما بينا **قال** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روي
 ولا بالفضة لانها في معناه الابالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحتية المعنى النموذج
 والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحه ذلك آراء
 وفي الجامع الصغير ولا يتختم الابالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصبر
 حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك
 رائحة الا صنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار

قوله فكانت هي المعتبرة دون السدي لما عرف ان العبرة في الحكم لا خروجي الامة
 وقيل انما الاعتبار للسدي لانه يصبر مستورا بالاحمة وهذا التعايل منتول عن النسب اي
 منصور لما تربدي رحمه الله وعلى هذا يكره لبس العتابي لان السدي لا يستتر به بالاحمة كما
 في الايضاح وجامع المحبوبي قال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين القز والظهارة
 ولا ارى يحشو القز باس لان الثوب اذا كان بين النوبين فهو ملبوس ولبس الحبر لا يجوز
 للرجال فاما الحشوفليس بملبوس فلا يكره **قوله** لما رويناه وهو قوله عابده السلام هذان محرمان
 على ذكر امني **قوله** الابالخاتم هذا اذا لم يرد به التزين وذكر الامام المحبوبي وان تختم
 بالاضة قالوا ان قصده التجبر يكره وان قصده الختم ونحوه لا يكره **قوله** وقد جاء في اباحه
 ذلك آراء في اباحه التختم بخاتم الفضة آثار وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله
 عليه وسلم خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد رسول الله محمد سطر ورسول سطر والله سطر
 وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي
 صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك معاذ فقال محمد رسول الله فقال عابده السلام (آمن)

ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر

آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي عليه السلام من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم كان في يد عمر الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنهم حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه ولم يجد ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم في البئر ومنها ما روي ان نعمان بن بشير دخل على النبي عليه السلام وعليه خاتم ذهب فقال مالك تخنمت بخاتم اهل الجند قبل ان تدخلها فقد حذرة عليه السلام الدخول تحت قوله تعالى اذ هبتم طيبا نكحتم في حيوتكم الدنيا فنزع ذلك ودخل وعليه خاتم حديد فقال مالي اري عليك حلية اهل النار فتركه ثم دخل ومعه خاتم صفر فقال عليه السلام اني لا جد منك ربح الاصنام فقال بهم اختم يا رسول الله فقال بالفضة ولا تزده على منقال واجعله في يمينك ثم صار الافضل جعله في اليسار لان ذلك صار من علامة اهل البغي ويجعل الفص الى باطن كفه هكذا روي عن رسول الله عليه السلام بخلاف النساء لانهن يلبسن للتزين وقال بعض الناس لا لباس بالتختم بالذهب لما روي البراء ابن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البس ما كساك الله ورسوله ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التحلي بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر ولما روي عن علي وابن مسعود وابي هريرة رضي الله عنهم انه عليه السلام نهى عن ذلك ولان الاصل هو التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد زالت بالفضة لانهما من جنس واحد فبقي الذهب على حكم التحريم وما رواه منسوخ او تأويله ان يكون فصه مركبة بالذهب او مذهبها وانما العبرة بالحلقة فاليها يكون النسبة في الحكم والشرعة وقوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر *

قوله ومن الناس من اطلق الحجر الذي يقال له يشب واليه مال شمس الائمة السرخسي رح (فا)

وأطلق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا
وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه
التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة
لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل البص إلى باطن
كفه بخلاف النسوان لأنه تزيين في حقهن وإنما يتختم القاضي والاسطان لحاجة إلى الختم
فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه *

قال ولا لباس بمسما والذهب يجعل في خجر الفص أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في النوب فلا بعد
لابسالة **قال** ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد بن حنبل
بالذهب أيضا وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما أن عرفة بن أسعد أصيب أنه يوم
الكلاب فاتخذ أنفاس فضة فانتفخ فأمرة النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفاس ذهب ولا يحنى حنيفة رحمه الله
أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى في بني الذهب
على التحريم والضرورة فيماروي لم تندفع في الأنف دونه حيث اتفق **قال** وبكره أن يلبس المذكور
من الصبيان الذهب والحري لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس
كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه **قال** وتكره الخيرقة التي تحدل فيمسم بها العرق لأنه نوع تجبر
وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء ويمتخط بها وقيل إذا كان عن حاجة لا بكرة وهو الصحيح وإذا بكرة
إذا كان عن تكبر وصار كالتربيع في الجلوس واللباس بأن يربط الرجل في أصبعه إصبعه الخيط للحاجة
فإنه قال والأصح أنه لا لباس به كالعقيق فإنه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال الخدماء: لا تق ذنوبه
مبارك ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر ولأنه يتخدمه الأصنام فاشبهه الصفر وموصوفه ومن *

قوله وأطلق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه وهو قوله وفي الجامع الصغير
ولا يتختم إلا بالفضة **قوله** يوم الكلاب هو بالضم والتخفيف اسماء كانت عدده وتعد
قوله لم تندفع في الأنف دونه أي دون الذهب أي لم يندفع الضرورة في الأنف
بدون الأخاذة من الذهب *

ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب (قال قائلهم) لا ينفعنك اليوم أن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النسيان والله أعلم *

فصل في الوطى والنظر والمس

قال ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أحذا وإعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة رح أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف رح أنه يباح النظر إلى ذراعيها أيضا لأنه قد يبد منها عادة *

قوله ويسمى ذلك الرتم والرتيمة في المغرب الرتمة خيط التذكير يعقد بالأصبع وكذا الرتيمة وارتمت الرجل ارتاما وارتم هو نفسه (قال) إذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم والرتم ضرب من الشجر وأنشد ابن السكيت هل ينفعنك اليوم أن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقال معناه أن الرجل كان إذا خرج في السفر عمد إلى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحال قال لم يخني أمرأتي وإن أصابه وقد انحل قال خانتني وهو المشهور والمروي عن الثقات إلا أن أبا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وأبو زيد ذكر الرتم في معناها وأنشد هذا البيت استشهدا به للخيط وكأنه جعله جمعها والله أعلم بالصواب *

فصل في الوطى والنظر والمس

أعلم أن مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل إلى الرجل والمرأة إلى المرأة والمرأة إلى الرجل والمرأة إلى المرأة فاربعة فصول نظر الرجل إلى زوجته ومملوكته والى

قال فان كان لا يَأْمَنُ الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى
 محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صلب في عينيه الا نكح يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر
 من غير حاجة فحرزا عن المحرم وقوله لا يَأْمَنُ يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتها
 كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يَأْمَنُ الشهوة
 لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام
 من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة
 تشتهي اما اذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة
 وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيها وكان
 يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا تمرضه وكانت تغبر رحله وتبلي
 رأسه وكذا اذا كان شيخا يَأْمَنُ على نفسه وعليها ما قلنا وان كان لا يَأْمَنُ عليها لا تحل مصافحتها لئلا
 من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهي يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة *

الى ذوات محارمه والى اماء الغبر والى الحرة الاجنبية ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الحرة
 الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس
 رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم اي موضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد
 بالزينة المذكورة موضعها اطلاقا لا اسم الحال على المحل فيها وقال عائشة رضي الله عنها
 المراد من قوله تعالى الا ما ظهر منها احدي عينيها وقال بن مسعود رضي الله عنه المراد منه خفيها
 وملابسها واستدل ابن مسعود رضي الله عنه بقوله عليه السلام والنساء حبال الشيطان بهن يصيد الرجال وقال
 ما تركت بعدي فتنة اضرع على الرجال من النساء وجرى في مجلسه عليه السلام يوما ما خير ما للرجال
 من النساء وما خير ما للنساء من الرجال فلما رجع علي الى بيته اخبر فاطمة رضي الله عنها
 فقالت خير ما للرجال من النساء ان لا يرونهن وخير ما للنساء من الرجال ان لا يريهن فلما
 سمع اخبر رسول الله عليه السلام بذلك قال هي بضعة مني فدل انه لا يباح النظر الى شيء (من)

قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء الشهوة

من بدنها ولا نحرمة النظر لخوف العتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في النظر الى وجهها اكثر منه الى سائر الاعضاء وينحو هذا استدلال عائشة رضي الله عنها ولكنها تقول هي لا تجد بدا من ان تمشي في الطريق ولا بد من ان يعتصم احدي عينيها لتبصر الطريق فيجوز لها ان تكشف احدي عينيها لهذه الضرورة والنابت بالضرورة لا تعدو موضع الضرورة ولكننا نأخذ بقول علي وابن عباس رضي الله عنهما فقد جاءت الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفها من ذلك ما روي ان امرأة عرست نفسها على رسول الله عم فنظر الى وجهها فلم يرف فيها رغبة ولما قال عمر رضي الله عنه في خطبته الا لا تغالوا في صدقة النساء فانها لو كانت مكرمة وتقوى عند الله كان اولاكم بها رسول الله عم فوالله ما خطب رسول الله عم ابنته اكرم من اربع مائة اوقية ونش فقامت سفعاء الخدين وقالت انت تقوله برأيك ام سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا نجد في كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال الله تعالى **وَأَيُّكُمْ أَحَدُهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا فَبِكَيْ** عمر رضي الله عنه فقال كل الناس افته من عمر حتى النساء في البيوت فذكر الراوي انها كانت سفعاء الخدين وفي هذا انها كانت مسفرة عن وجهها ولما نالت فاطمة رضي الله عنها احد ولديها بلالا او انسا قال رأيت كفها فلفة قمر فدل انه لا بأس بالنظر الى الوجه والكف واما خوف العتنة فيكون بالنظر الى ثيابها ايضا واما اذا كانت عجوزة لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس بدنها لانعدام خوف العتنة فان قبل هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة لبس منها بسبيل وضع على كعبه جمرة يوم القيمة قيل المراد امرأة تدعو النفس الى مسها دل عليه ما روي عن ابي بكر وعبد الله بن الزبير الصغيرة اذا كانت لا تشتهي يباح مسها والنظر اليها لانه ليس لبدنها حكم العورة ولا في النظر والمس خوف العتنة * (قوله)

تحرز عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتبه قبل
 بياح والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء ومن
 أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أن يشتهيها لقوله عليه السلام فيه
 أبصرها فإنه أحرى أن يؤدّم بينكما ولأن مقصوده إقامة السنّة لا قضاء الشهوة ويجوز
 للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها للضرورة وينبغي أن يعلم امرأة مداواة بها لأن
 نظر الجنس إلى الجنس سهل فإن لم يقدر ويستتر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم
 ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كمنظر الخافضة
 والختان وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل لأنه مداواة وتجوز
 للمرض وكذا الهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه أمارّة المرض *

قوله تحرز عما يمكنه التحرز عنه لأنه إن لم يمكنه التحرز فعلا فقد أمكنه التحرز منه فله أقصا كمسئله
 الترس بصبيان المسلمين **قوله** بخلاف حالة الأداء فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل وهو
 متعين لا دأئها **قوله** أبصرها قال عليه السلام لمغيرة بن شعبة لما أراد أن يتزوج امرأة أبصرها
 فإنه أي الأبصار أحرى أن يؤدّم بينكما أي أولى بالأصلاح وإيقاع الالعه والوفاق بينكما
 هكذا رواية المبسوط وأما رواية الفائق فإن النبي عليه السلام قال للمغيرة بن شعبة خطب
 امرأة لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدّم بينكما الأدم والإيدام الأصلاح والتوفيق
 من أدم الطعام وهو أصلاحه بالأدم وجعله موافقا للطاع **قوله** كنظر الخافضة والختان يعني أنهما
 ينظران إلى العورة لأجل الضرورة لأن الختان سنة وهو من جملة العطرة في حق الرجال
 لا يمكن تركها وهو مكرمة في حق النساء أيضا الخفض للجارية كاختن للغلام وجارية مخفوضة
 أي مخنونة **قوله** وكذا الهزال الفاحش إذا قيل له إن الحقنة تزبل مالك من الهزال
 فلا بأس بأن يدي ذلك الموضع للمحقق على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله وهذا صحيح
 فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل *

قال وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرتيه الى ركبته ويروى ما دون سرتيه حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة^{عليه السلام} والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لصحاب الظواهر ومادون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رح معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بهامع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدي الحسن بن علي رضي الله عنهما سرتيه فقبلها ابو هريرة فرض وقال عليه صم لجرحه وارفع ذلك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمباح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السرة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السرة يؤدب ان لم يجز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخشني من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيا انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهي بهذه الصفة لم ينظر وهذه اشارة الى التحريم ووجه العرق ان الشهوة عليهن غالبية وهو كما لمحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانب حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد *

قوله معتمدا فيه العادة اي لتعامل العمال وغيرهم في الابداء عن ذلك الموضع وفي النزاع عن الظاهرة حرج **قوله** لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة لانه غير ناظر اليها حقيقة واعتبارا لعدم غلبة الشهوة *

(قوله)

قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح

قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة والا صل فيه قوله عليه السلام غضُّ بصرِك الا عن امك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر الى الاثني الا ان الاول ان لا ينظر كل واحد منهما الى صورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد العبري ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاول ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى المادة

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والا صل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعوثهن الآيه والمراد والله اعلم بالصواب مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب وبدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض بدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ماتت شهية بخلاف ما وراءها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأيد بسبب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة

قوله وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن اي في الحمام **قوله** من امته التي يحل له قيد بالحل لان اباحة النظر الى جميع بدن امته مبنية على حل الوطى وفيما لا يحل من امته كأمته المجوسية وامته التي هي اخته من الرضاغة كان الحكم في النظر كامة الغير **قوله** تجرد العبر هو الحمار الوحشي وانما قيد به لان في الاهلي نوع ستر من الاقتاب والنفر (قوله)

لوجود المعنيين فيه و سواء كانت المصاهرة ^{بذلك} بكاح او سفاح في الاصح لما بينا * **قال** ولا لباس بان يمس ما جازان ينظر اليه منها ^{للمس} لتحقيق الحاجة الي ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمة بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العيان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما المس وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فجتنب ولا لباس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان اتهمها الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب ^{للمس} والانزال فلا لباس بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا امكن الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا وظنا وشكا فليجتنب ذلك بجهدة ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالنياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد النياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان *

قوله لوجود المعنيين وهما الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وهذا اشارة الى ما ذكره بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمات المؤبدة وقوله في الاصح متعلق او سفاح لان اختلاف المسائخ في المصاهرة بالزنا في المصاهرة بالكاح **قوله** ولا لباس بان يمس ما جازان ينظر اليه منها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من السفر يدأبها فعانقها وقبل رأسها وقال عليه السلام من قبل رجل امه فكان ما قبل عتبة الجنة **قوله** لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام كلمة فوق هنا صلة فان حرمة المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا وكان نظير قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك **قوله** والمراد اذا لم يكن محرما اي المراد من قوله ليس منها بسبيل اذا لم يكن محرما * (قوله)

قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في نياح مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق منك الخبار يا دارا تشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رح انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لعل الشهوة فيهن وكما لها في الاماء ولفظة المملوكة تنظم المدبرة والمكاتبه وام الولد لتحقيق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبه عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة *

قال ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر وطلق ايصافى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشائخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او اكبر رآه كان ذلك لانه نوع استمناع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة *

قوله علاها بالدرة اي ضرب علاونها اي رأسها **قوله** اعتبر محمد رحه الله في الاماال الضرورة فيهن اي الضرورة التي لا مدفع لها وفي المحارم مجرد الحاجة اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة يعني اذا خاف الهلاك على الامة بان كانت في العيا في فلول لم يكن يتركها ينقطع عن الفافلة ويهلك واما الحاجة ان تكون المرأة في البلد او القرية ولها حاجة ان تمشي الى المزرعة **قوله** ولم يفصل اي بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في النظر او في المس وقال رجل اراد ان يشتري جارية لاباس بان يمسها ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين *

(قوله)

قال واذا حاضت الأمة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهااء *

قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رض الخشاء مثله فلا يبيح ما كان حراما قبله ولا نه فحل يجامع وكذا المحبوب لانه يسمق وينزل وكذا المخنت في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص **قال** ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليها منها

قوله واذا حاضت الأمة معناه اي بلغت اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الغالب بلوغه من الحيض وقوله لم تعرض في ازار واحد يعنى تؤمر بلبس القميص لان ظهرها وبطنها عورة والمراد بالا زارا الذي يستتر بين السرة والركبة وقال محمد رحمه الله وكذلك اذا بلغت موضعا تجامع وتشتهى لان المشتهاة كالبالغة **قوله** الخشاء مثله خشاء نزع خصيته بخصيه خشاء على فعال والاختشاء في معناه خطاء واما الخصي كما في حديث الشعبي على فعل فقياس وان لم نسمعه والمفعول خصي على فعيل والجمع خصبان **قوله** وكذا المخنت في الردي من الافعال قيد بالردي من الافعال وهوان يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنت الذي في اعضائه ليس وفي لسانه تكسر باصل الخلقة ولا يشتهى النساء ولا يكون مجيبا في الردي من الافعال فانه قد رخص بعض مشائخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى **وَالتَّابِعِينَ غَيْرِ اُولَى الْاَرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ** قيل هو المخنت الذي لا يشتهى النساء وقيل هو المحبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد منه الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همته بطنه وفي هذا كلام ايضا فانه اذا كان شابا ينحى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص في ذلك **قوله** والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه وهو قوله تعالى **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّونَ ابْصَارَهُمْ قَالِ شَمْسُ الْاُئِمَّةِ رَح (١)**

وقال مالك رحم هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحم لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن
ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة
متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء

ان قوله والتابعين آه من المتشابه وقوله تعالى فل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم يحكم فناخذ
بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها ان تبدي موضع الزينة البائنة بين يديه
ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذي
لم يظهر واعلى مورات النساء وقد روي انه كان في بيت ام سلمة رضي الله عنها صغيت فلما حاصر
رسول الله عليه السلام الطائف قال لعدي بن ابي امة كان في بيت ام سلمة رضي الله عنها الطائف ادلك عاى ابنة
خيلا فانهما تقبل باربع وتدبر ثمان فقال عليه السلام (او هذا) لا يدخلن هؤلاء عليكن كذا في الايضاح
ومعنى قوله تقبل باربع وتدبر ثمان المراد مكن البطن العكن جمع عكنة وهي الطي الذي يكون
في البطن من السمن اي هن اربع اذا اقبلت وثمان اذا ادبرت لان لكل عكنة طرفين الى جنبها *

عنه

قوله وقال مالك رحم هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن ولا يجوز ان يحمل على الاماء لانهن دخلن في قوله ونسائهن ولانه لا يشكل
ان للامة ان ينظر الى سيدتها كما لا يجنب اب ولان بينهما سببا محرم النكاح فكان كالمحرم واداحة
النظر ثم الحاجة الدخول من غير استئذان واحتشام وهذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته فلنا
المراد من قوله تعالى ونسائهن الحرائر والمسلمات لانه ليس للمؤمنة ان تتجرد بين يدي
مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنه والظاهر انه عني بنسائهن من في صحبتهن
من الحرائر ونساء كلهن سواء في حل بعضهن الى بعض والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن
الاماء كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما والموضع موضع الاشكال
لان حالة الامة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشك انه هل يباح
له الكشف بين يدي امته ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى ونسائهن لان مطلق (هذا)

كما قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور *
قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل
 عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امه اعزل عنها ان شئت ولان الوطى حق الحرة قضاء
 للشهوة وتحصيل الولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولاحق للامة في الوطى فلهذا لا ينقص
 حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحت امته غيره فقد ذكرناها في النكاح *

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر اليها فرجها بشهوة حتى يستبرئها
 والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس ^{رواه} الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى من
 هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء واما حرمة المناكحة بينهما على عرصة الزوال فكانت
 في حقه بمنزلة منكوحة الغير او معتدته ولان وجوب الستر عليها لمعنى خوف الفتنة
 وذلك موجود هنا وانما ينعدم ذلك بالحرمة المؤبدة لان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة واما الملك
 فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الحشمة فكان ادعى الى خوف الفتنة وجوب الستر
 والبلوى غير متحقق لان العبد لا استخدام خارج البيت لا داخل البيت فقد قيل
 من اتخذ عبد الخدمة داخل البيت فهو كشخان وهو الديوث الذي لا غيره له *

قوله كما قال سعيد اطلق اسم السعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما ذكرنا
 والمراد من قوله وغيرهما سمرة بن جندب فانه كان يقول كقول السعيدين ذكره في التيسير
قوله ولو كانت تحت امته غيره فقد ذكرناها في النكاح وهو قوله اذا تزوج امته فالاذن في العزل
 الى المولى عند ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف ومحمد رح ان الاذن اليها الى آخره *

فصل في الاستبراء وغيره

استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل واطاس موضع على ثلاثة مراحل من مكة
 كانت به وقعة النبي عليه السلام *

(كتاب الكراهية ... فصل في الاستبراء وغيرها) *

حتى يستبرئن بحیضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسببة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب من الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهوان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطى والمشتري هو الذي يريد دونه البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو انه يمكن من الوطى وانما ثبت بالملك واليد فانصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا كان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكدة باليد وتعدى الحكم الي سائر اسباب الملك كاشراء والهبة والوصية والميراث

قوله حتى يستبرئن الصواب بالهمزة كذا في المغرب **قوله** افاد وجوب الاستبراء على المولى لان النهي عن الوطى مع الملك وهو المطلق الحاصر يدل على وجوب الاستبراء لانه لو لم يجب لما منع المالك عن استبراء حقه والنفي ابلغ عن النهي **قوله** وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص يعني ان الموجود في مورد النص وهو قوله الا لا توطأ الحبال ليس الا استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولما منع الشرع عن الوطى مع الملك لا يخلو عن حكمة وهي صيانة الماء عن الخلط بماء غيرة ولا يجوز ان يكون الحكمة موجبة لان الحكمة معقبة والعلل سابقة وذكر فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في المبسوط ان علة وجوب الاستبراء ارادة الوطى فانه متى اراد الوطى ولا يحل له الا في محل فارغ يجب عليه ان يتعرف براءة الرحم حتى لا يصير ساقيا ماء زرع غيرة وفيه حكمة صيانة الولد غير ان ارادة الوطى لا يتوقف عليها حقيقة فيدار الحكم على النمكن من الوطى فاقبح النمكن من الوطى مقام ارادة الوطى وذلك لا يتحقق بنفس الملك انما يتحقق بالملك والقبض فان قيل ارادة الصلوة سبب لوجوب الطهارة قلنا لان ارادة الصلوة متحققته لغير صفة الصلوة ولا كذلك ارادة الوطى ولا يقال الموجب كونها مسببة لان في جعله علة سد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص **قوله** بماء محترم وهوان يكون الولد ثابت النسب (انما)

والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك

أنما قبده بماء محترم وأن كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية إذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطئها قبل الاستبراء أخرجها للكلام مخرج اوضاع الشرع تنبيهاً على أنه لا ينبغي أن يكون إلا ما هو مشروع حسن هذا نظير قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها والحكم في العمد كذلك إلا أن الطاهر من حال المسلم أن لا تقوته الصلاة عمداً ولا ينبغي أن يكون كذلك فلهذا قيد بالنوم والنسيان فكذا ههنا *

قوله والخلع والكتابة بان جعل الأمانة بدل الخلع أو بدل الكتابة **قوله** وغير ذلك بان يملكها بصدقة أو بجنانية دفعت إليه حيث يجب على ولي الجنانية الاستبراء **قوله** وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي بان باعها أبوه أو وصيه **قوله** والمملوك بان اشترى من العبد المأذون أو المكاتب فان اشتراها المولى من عبده تاجر يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة رح في جواب الاستحسان وصورة ذلك ما ذكر في المبسوط فان اشتراها من عبده تاجر فلا استبراء عليه ان كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لان المولى ملك رقبته من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك من الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة فان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو اعتقه جازعتقه فاما عند أبي حنيفة رحمه الله ففي القياس كذلك لان العبد ليس من اهل ان يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء ايضاً بسبب دينهم والمولى احق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى احق بها اجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه ان يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لانه قبل الشراء كان لا يملك رقبته عنده حتى اذا اعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه ان يستبرئها * (قوله)

ومن لا يحل له وطئها وكذا اذا كانت المشتراة بكر الم توطأ لتحقيق السبب وإدارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها يعتبر تحقيق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب المالك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وأن كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الداسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جاريه للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك وايدان هو مقتضى للحل والحرمة لما نفع كما في حاة الحبض *

قال ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة اوردت المغصوبه او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجود أو عدمه

قوله ومن لا يحل له وطئها بان كانت الجارية اخت البائع من الرضاع او كان البائع وطء امها او وطئها ابوه او ابنه **قوله** فيعتبر تحقيق السبب عند توهم الشغل اما في حق المكاتب والمأذون فظاهر وكذا اذا كانت بكر الان الشغل بالبكارة محتمل اما اذا كانت لصغير او لامرأة فتوهم الشغل ثابت ايضا بنكاح اوسفاح **قوله** خلافا لابي يوسف رحمه الله فان عنده يجتزأ بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم كما لو طلقها قبل الدخول لا يجب العدة لذلك **قوله** ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة اي فيما اذا ابققت ولم تخرج من دار الاسلام واما لو ابققت ودخلت دار الحرب ثم اخرجت الى دار الاسلام بغنيمة او بشرى واخذها المولى قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجب عليه الاستبراء وقال صاحبه يجب كذا في فتاوى قاضيه خان رحمه الله *

(قوله)

ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي وأثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء
 حرم الدواعي لأفضائها إليه ^{بما لا يخلو} ولا حتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل
 ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأنه لا يحتمل الوقوع في غير
 الملك ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطء والرغبة في المشتراة
 قبل الدخول اصدق الرغبات فتتضي إليه ولم يذكر الدواعي في المسببة وعن محمد رح
 أنها لا تحرم لأنها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها حمل لا تصح دعوة الحربي
 بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات
 الأشهر بالشهر لأنه اقيم في حنهن مقام الحيض كما في المعتدة وإذا حاضت في اثنا عشر
 بطن الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فإن
 ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنه ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية
 وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد رح أربعة أشهر وعشرون عنه شهران وخمسة أيام
 اعتباراً بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر رح سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة رح *

قال ولا بأس بالاحتياط لا سقط الاستبراء عند أبي يوسف رح خلافاً لمحمد وقد ذكرنا
 الوجهين في الشفعة وأما أخذ قول أبي يوسف رح فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها
 ذلك وقول محمد فيما إذا قربها والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل
 الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجه البائع قبل الشراء ^{من دونه} والمشتري قبل القبض ^{فلا يملك}

قوله ولها نظائر كثيرة منها إذا كاتب امة ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء
 وكذلك إذا باعها على أنه بالخيار لأنه أيام وسلم إلى المشتري ثم أبطل البيع في مدة الخيار
 ومنها لا يلزمه الاستبراء إذا أودعها ثم استردها **قوله** وكذا إذا عارها ثم استردها وعنه شهران
 وخمسة أيام كان يقول أولاً أربعة أشهر وعشرة أيام اعتباراً بعدة الوفاة في الحرة ثم رجع
 وقال شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة وفاة الامة وعليه الفتوى لأنه متى (صلحت)

ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء وأن حل بعد ذلك لأن الاعتبار أن وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير *

قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر لأنه لما حرم الوطئ إلى أن يكفر حرم الدواعي للأقضاء إليه لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المسكوحة إذا وطئت بشبهة بخلاف حاله الحبض والصوم لأن الحبض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهراً فرضاوا كثر العمر فلا فنى الملع عنها بعض الحرج ولا كذلك ماء دناها لقصور مددها وقد صح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حبض *

قال ومن له ائتمان اختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا بمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى فبره بملك أو كاح أو غنمها

صلحت هذه المدة للتعرف من شغل ينوهم بالكاح في الماء فلان يصلح للتعرف من شغل ينوهم بملك اليمين وهو دونه أولى *

قوله ممن يوثق به لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلعها فلا يحصل المقصود وفي فتاوى قاضي خان رح وإذا اشترى جارية وأراد أن يزوجه قبل القبض وخاف أنه لو زوجه من عبدة أو أجنبي ربما لا يطلعها الزوج فالحيلة له أن يزوجه على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء **قوله** كما إذا كانت معتدة الغير يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانتقضت عدتها بعد القبض

لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدد السبب **قوله** لأن الحبض يمتد شطر عمرها أي قريبا من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشرة يوما وهي نصف الشهر *

(قوله)

وأصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئاً لا طلاق قوله تعالى **وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ** ولا يعارض بقوله تعالى **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لا طلاق النص ولان الدواعي الى الوطئ بمنزلة الوطئ في التحريم على ما مهدناه من قبل ^{باب} فاذا قبلهما فكا وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجمع احدهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا امسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غير بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجهما لم يبق جامعاً وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التملك بسائر اسبابه بيعاً وغيره وتمليك الشقص منه كتمليك الكل لان الوطئ يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها

قوله وأصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئاً لا طلاق قوله تعالى **وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ** ولا يعارض بقوله تعالى **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** لان الترجيح للمحرم كان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتها آية يعني قوله تعالى **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** وحرمتها آية يعني قوله تعالى **وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ** وكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح المحرم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطئاً فهو نص خاص وان كان الجمع بينهما نكاحاً فالنكاح سبب مشروع للوطئ فحرمة الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وطئاً فأخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطاً لتغليب الحرمة على الاباحة فان قيل الاصل في الدلائل الجمع وامكن ههنا بان يحمل قوله تعالى **وَأَنْ تَجْمَعُوا** على النكاح وقوله تعالى **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** على ملك اليمين قلنا المعنى الذي حرم الجمع بين الاختين نكاحاً وجد ههنا وهو طبيعة الرحم فيثبت الحكم هنا ايضا ولان قوله **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** مخصوص بالا جماع فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا تعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع *

(قوله)

وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطئ بذلك كله وبرهن احدهما واجارتهما وتديرهما لا تحل
 الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او كاح اراد به النكاح الصحيح ام اذا زوج احدهما نكاحا
 فاسدا الايباح له وطئ الاخرى الا ان يدخل الزوج به فيه لانه تجب العدة عايتها والعدة كالنكاح
 الصحيح في التحريم ولو وطئ احدهما حل له وطئ الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعاً بوطئ
 الاخرى لا بوطئ الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيه اذكرناه فهدا بسنننا الاختسار *
قال وبكرة ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئاً منه او يعانته وذكر الطحاوي ان هذا
 قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي
 ان النبي عليه السلام عانق جعفر ا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه
 ولهما ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي
 التقبيل وما رواه محمود علي ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما
 اذا كان عليه قميص او حبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح **قال** ولا بأس بالمصافحة لانه هو
 المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تئذ تئذت ذنوبه والله اعلم بالصواب *

قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا اي في انه يحل وطئ الاخرى وفي المبسوط
 هذا الجواب في الكتابة مشكل لانها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه
 استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطئ الاخرى
 ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقبوطها فكان وطئها يباح في غير ملكه
 حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة فيجب الغرامة فيجعل زوال ملك
 الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له ان يطأ الاخرى **قوله** ولا بأس بالمصافحة لانه
 هو المتوارث ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل التبرك وعن
 سفيان رحم قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه قال الصدر الشهيد رحم
 هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا التي غيره فهو مكروه فلا رخصة (فيه)

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقيين وبكرة بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقيين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقي في الاراضي لاستنكار الربع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة * **قال** ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطلقها

فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد رح انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الاثمد السرخسي رح السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر واما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ ابي القاسم الحكيم انه كان اذا دخل احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم ف قيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام والله اعلم بالصواب *

فصل في البيع

قوله ولا باس ببيع السرقيين روي ان سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه كان بعراضه بنفسه ويقول مكيل غير مكمل عرا الارض اذا اصلحها بالعرة وهي السرقيين **قوله** وبكرة بيع العذرة وهي ربيع الآدمي قال الشيخ ابو منصور رحمه الله كلما انفصل من الآدمي لا يجوز الانتفاع به نحو الظفر والشعر والعذرة وما انفصل من غير الآدمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به **قوله** لا بغير المخلوط في الصحيح وعن ابي حنيفة رح انه لا باس بالانتفاع بالعذرة الخالصة * (قوله)

(كتاب الكراهية فصل في البيع)

لانه اخبر بخبر صحيح لامناز عله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما تلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مروا ان كان اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض بشي من ذلك لان اكبر الرأي بقاء مقام اليقين وكذا ان الم يعلم انها للفلان ولكن اخبره صاحب البند انها للفلان وانه وكله ببيعها واشترها منه واخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخبارة حجة في حقه وان لم يخبره صاحب البند بشي فان كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انه اليها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذوا اليد فاستد

قوله لانه اخبر بخبر صحيح اي صادر عن عقل وتدبير **قوله** على اي وصف كان اي بعد ان كان مميذا عاقلا سواء كان حرا او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة **قوله** لما مر من قبل اي في فصل الاكل والشرب في ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وتأويل قوله بعد هذا ودا اذا كان ثقة يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسقا صادق القول لا يكذب البتة لمروته **قوله** وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض بشي من ذلك لان اكبر الرأي كاليقين قال عليه السلام لو ابصه ابن مبرد صنع ذلك على صدرك واستفت قلبك فما حگ في صدرك فدعه وان امتاك الناس به وثال محمد ربح في الاصل واكبر الرأي مجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسنك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يعتمد خبره اذا كان ثقة عنده او كان في اكبر رأيه انه صادق فبغشها وكذا ان لودخل رجل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه ما درمحه يشد نحوه فان صاحب المنزل يحكم رأيه فان كان اكبر رأيه انه لص تصدقته واخذ ماله وخاف انه ان صاح يبادره بالضرب فلا بأس بان يشد عليه بالسيف ويتعدى عليه قبل ان يغشي هوبه وان كان اكبر رأيه انه هارب من اللصوص لا ينبغي له ان يعجل بقتله وان قتله وفي رأيه انه لص ثم تبين انه رجل صالح القياس ان يقتص وفي الاستحسان عليه الدية (وهي)

لان يد الفاسق دليل المالك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا يعتبر باكبر
الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له
ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجح ان يكون في سعة من ذلك لاعتماد الدليل الشرعي
وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له
فيعلم ان الملك فيها الغيرة فان اخبره ان مولاة اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر
الرأي وان لم يكن له رأي لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل **قال** ولو ان امرأة اخبرها
ثقة ان زوجها الغائب مات عنها وطلتها نلتا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق
ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج
وهي مسئلة كتاب الكراهة فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها
باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه وفيما دون ذلك اولى *

قوله لان يد الفاسق دليل المالك في حق الفاسق والعدل اي في حق الناس كافة لان البديل
الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له وبحل لمن رآه في يده
ان يشهد له بالملك ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود دليل الظاهر الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه وذلك كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيئا ورأي
كتابا في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو اهل لذلك فبظن كل واحد انه مارق لذلك العين
فكان التنزه عن شرائه افضل **قوله** وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله
ومن علم بجارية انها لبلا ن فرأى آخر يبيعها **قوله** لم يقبلها اي اذا تركها عنده او وهبها منه
قوله لقيام الحاجر بالراء المهملة اي المانع لان يد المملوك ليس بمطلق للتصرف **قوله** ولو ان امرأة
اخبرها ثقة الى قوله فلا بأس بان تعتد وتتزوج هذا في الاخبار واما في الشهادة فلا يصح وان كان
الشاهدان نيين حيث لا يقضى القاضي بالفرقة لانه قضاء على الغائب وفي التهمة اذا شهدا ثنان
ان فلان بن فلان طلق امرأته والزوج غائب لا تقبل وان شهدا امرأة حل لها
ان تعتد وتتزوج بزوج آخر وكذا اذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها انه صادق * (قوله)

لان القاطع طارولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس
 ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة البت انقضت عدتي وتزوجت بزواج آخر ودخل
 بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت
 امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارولا وخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين
 تزوجها مرتدا او اخطا من الرضاة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا
 اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اخطاك من الرضاة لم يتزوج باختها واربع نسائها
 حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساد
 فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكرحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امة
 او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارولا والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت
 المنازع فافتراقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل
 يدعي انها له فلما كبرت لفيها رحل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعد ان يتزوجها النحقيق
 المنازع وهو ذواليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمر او اخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره
 له احب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والسرقة ان البيع في الوجه الاول قد
 بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه
 من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فيملكه اليه نعم فيحل الاخذ منه

قوله لان القاطع اي الزوجية طارولا منازع بخلاف ما اذا اخبره ان اصل النكاح كان فاسدا
 واخوانه لان المفسد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساد فيثبت المنازع
 بالظاهر فالحاصل اننا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا الى الزام وقيل
 في موضع المسألة لعدم **قوله** وعلى هذا الحرف يدور الفرق وان المفسد اذا كان طاربا
 يثبت بخبر الواحد العدل وان كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان **قوله** بخلاف
 ما تقدم اراد قوله لو قالت جارية كنت امة لان فاعتقني * (قوله)

قال ويكره الاحتكار في اقوات آدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحنكر ملعون ولأنه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكرة اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبير الا انه حابس ملكه من غير اضرار لغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب ومن تلقى الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم ونخصيص الاحتكار بالاقتوات كالحنطة والشعير والتبن والفت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعملة حبسه فهو احتكار وان كان ذهباً وفضة او ثوباً وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رح اعتبر حقيقة الضرر ان هو الموثر في الكراهة و ابو حنيفة رح اعتبر الضرر المعهود والمتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر وان اطالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوماً لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاماً اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر وما فوته كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المآثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يا ثم وان قلت المدة

قوله ويكره الاحتكار وهو حبس الطعام المشتري من فسطاط المسلمين اي مذهبه من تربصا للغلاء **قوله** والمحنكر ملعون قيل اللعن على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا لان عندها هل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة **قوله** فان لبس فهو مكروه في الوجهين اي سواء اضر باهل البلدة او لم يضر لانه بتلبس السعر غادرهم **قوله** ونخصيص الاحتكار بالاقتوات كالحنطة والشعير والتبن والفت قول ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح ايضا وعليه الفتوى **قوله** وبرئ الله تعالى منه اي خذله والخذلان ترك النصر عند الحاجة * (قوله)

والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمود **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الا ول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمدكور قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الي فنائها وقال ابو يوسف رح يكره لاطلاق ماروينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الي المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الي المصر لانه لم يتعلق به حق العامة **قال** ولا ينبغي للسلطان ان يسعر علي الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديرة فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة علي مائين واذا رفع الي القاضي هذا الامر يا مصر المحتكر يبيع ما فضل عن قوته وقوت اهله علي اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزرة علي ما يرى زجراله ودفع الضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون من القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس بمشورة من اهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازة القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر علي الحجر

قوله فالاصل ان التجارة في الطعام غير محمود هذا اذا كان علي قصد الاحتكار وتر بص العلاء وقصد الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود لان الكاسب صديق الله **قوله** الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة علي مائين والبيان في قوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا نصف ما يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين **قوله** فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزرة وفي الجامع الصغير فان رفع اليه مرة اخرى وعظه وحدده فان رفع اليه مرة ثالثة فحينئذ حبسه *

(قوله)

وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يكون الحجر على قوم باعينهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك *

قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لابس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك **قال** ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذ خمر الان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيرة بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه **قال** ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا ينبغي ان يكره شيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنايس واظهار بيع الخمر والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سواد نافع اعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح **قال** ومن حمل لذمي خمر افانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في الخمر عشرين ايامها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل

قوله وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يكون على قوم باعينهم **قوله** ومن حمل لذمي خمر افانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورات الشرب لان الحمل قد يوجد بالاراقة والصب (في)

ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية في شربها *
قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها وهذا عند أبي حنيفة رح وقال لا بأس
 ببيع أرضها أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة رح لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي
 بها فصار كالبناء ولا بأس ببيع حنيفة رح قوله عليه السلام الآن مكة حرام لا تباع رباؤها ولا تورث
 ولا نهارة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختل
 خلاها ولا يعصده شوكة فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني وتكره
 إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربوا ولأن أرض مكة تسمى
 السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها سكن غيره

في الخل ليتخلل فلم يكن المعصية من لوازم الحمل بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم توجب
 كراهة الحمل فصار كما لو استأجره لعصير العنب أو لقطعته وهذا قياس وقولهما استحسان *
قوله ولا يقصد به أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمي بل مقصوده تحصيل الاجرة
 وقال محمد رحمه الله في الأصل لو آجر المسلم دارا من ذمي ليسكنها فإن شرب فيها
 الخمر أو عبد فيها الصليب أم يلحق المسلم اثم بشيء من ذلك لأن المعصية في قصد المستأجر
 دون رب الدار فلا اثم عليه وذكر الامام السرخسي رح في باب الاجارة الفاسدة وهو من
 باع حارية من لا يستبرأها أو بآتيها في غير المأتي لم يلحق البائع اثم بشيء من فعل المشتري
 وكذا قال فيمن باع غلاما من فاسق يقصد الفاحشة به ولو كان مستأجر الدار مسلما
 فظهر منه فسق في الدار وكان يجمع الناس على الشرب فيها منعه رب الدار على سبيل
 النهي عن المنكر فإنه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب
 الدار أن يخرج منه مسلما كان أو ذميا لأن عقد الاجارة لازم لا يفسخ إلا بعذر والعذر
 ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من ذلك رأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع
 بما ظهر منه لإسبيل له إلى ذلك فكذا الاجارة كذا ذكره فخر الاسلام والمحجوبي
قوله وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة (لهم)

ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لأنه ملكه قرضاً جربه نفعا وهو
ان يأخذ به ما شاء حالاً فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جرتفعاً وينبغي ان يستودعه
ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه ودعة وليس بقرض حتى لو هلك لشيء على الآخذ والله اعلم *

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه

لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها لتوارث بيعها وقسمتها في الموارث من الصدر الاول
الى يومنا هذا من غير تكريؤ يده ماروي ان علياً رضي الله عنه لما دعى رسول الله صلعم الى
النزل في داره قال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار يعني استولى عليها
بملكها فدل على ان عقار مكة عرضة للملك *

قوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لأنه ملكه قرضاً ومعنى المسئلة
ان رجلاً فقيراً له درهم يخاف لو كان في يده يهلك او يصرف الى حاجة لكن حاجته الى
المعاملة مع البقال امس من ذرها كما في شري التوابل والملح والكبريت وليس له فلوس
حتى يشتري بها ما سحت له من الحاجة كل ساعة فيعطى الدرهم البقال لان يأخذ منه
ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه جزء فجزء حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا
الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى ان يكون قرضاً فيه جرتفع وهو مكروه
وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه ودعة وليس بقرض حتى لو هلك
لا شيء على الآخذ والله اعلم بالصواب *

مسائل متفرقة

قوله ويكره التعشير وهو جعل العواشِرَ قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فان مشائخنا راح
لم يروا به سالان العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة الا بالنقط وعلى هذا كتبه (اسامي)

جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يدخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب ^{بكره} لا عليه فيكرة قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك ^{مخرجه} اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا *

قال ولا بأس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب

وقد ذكرناه من قبل **قال** ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج عنه والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وَفِي ثَقِيفٍ فِي مَسْجِدَةٍ وَهُمْ كُفَّارٌ وَلَٰنَ الْخَبَثِ فِي اعْتِقَادِهِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى تَلْوِيثِ الْمَسْجِدِ وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْحُضُورِ اسْتِثْلَاءً رَاسْتِعْلَاءً او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية **قال** ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حيث ^{بكره} اللباس على هذا الصنيع وهو مثله محرمة *

اسامي السور وعدد الآي فهو وان كان احداثا فهو بدعة حسنة وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا ذكره الامام الترمذي رحمه الله *

قوله جردوا القرآن اي ما يكتب فيه القرآن ويؤيده الرواية الثانية **قوله** والتعليل بالنجاسة عام يعني علل بان المشرك انما يجنب عن المسجد الحرام لكونه نجسا فلا تفصيل بين مسجد ومسجد **قوله** فلا يؤدى الى تلويث المسجد فان قيل الجنب ممنوع من دخول المسجد الحرام وان لم يؤد الى التلويث فلنا لان اعضاءه نجسة وادخال النجاسة في المسجد لا يجوز اما الكافر فاعضائه طاهرة من النجاسة ولهذا لا يجب عليه الغسل بالاسلام **قوله** وهو مثله محرمة قال عمر رضي الله عنه لا تمسوا بنة الله اي يخلق الله ولا بأس بثقب اذن الطفل من البنات ذكره في الخلاصة *

(قوله)

قال ولا لباس باخصاء البهائم وانزاع الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة وفي الثاني منفعة الناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغل فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه

قال ولا لباس بعبادة اليهودي والنصراني لانه نوع برّي في حقهم ومانهين عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العزم من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومعقد العزم ولا ريب في كراهية الثانية لانه من النعوت وكذا الاولى لانه يومهم تعلق عزة بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا لباس به وبه اخذ العقيه ابو الليث رحمه الله لانه هائل

عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العزم من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجديك الاعلى وكلماتك التامة ولكننا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لاحق للمخلوق على الخلق *

قوله ولا لباس باخصاء البهائم والصواب باخصاء البهائم **قوله** ولا لباس بعبادة اليهودي والنصراني قيد بهما لان في عبادة المجوس اختلافا للنبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره وقال له فل لا اله الا الله محمد رسول الله فظن المريض الى ابيه اليهودي فقال له ابوه اجبه فاجابه بشهادة ان لا اله الا الله وان محمد ارسول الله ثم مات وقال عليه السلام الحمد لله الذي انتقذني من نسمة النار واما عبادة المجوسي منهم من قال لا لباس به لما قلنا وقال بعضهم لا يجوز ذلك لان المجوس ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا يحل ذبيحة المجوسي ونكاحهم واختلغوا في عبادة الفاسق ايضا والاصح انه لا لباس به لانه مسلم والعبادة من حقوق المسلمين وفي النوادر جاء يهودي او مجوسي فمات ابن له او قريب ينبغي ان يعزى به ويقول اخلف الله عليك خيرا منه او اصلحك فكان معناه اصلحك الله بالا سلام يعني رزقك الاسلام ورزقك ولدا مسلما **قوله** لانه يومهم تعلق عزة بالعرش فتوهم ان عزة حادث *

(قوله)

قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهولانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث وهو قول عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لغرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشجيع الخواطر وتذكيرة الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنرد شير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصدر عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكرة ابو يوسف ومحمد رح التسليم عليهم تحذير الهم ولم يرا بوحنية رح به بأساليب غلهم عما هم فيه **قال** ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته النوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رطب من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجدر التاجر بدامنها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس **قال** ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لا موال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه

قوله والاربعة عشر قيل شيء يستعمله اليهود **قوله** ويكره كسوته النوب اي تملكه **قوله** ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجدر التاجر بدامنها لان من فتح دكانا للتجارة اجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلو من ان يطلب احد منهم شربة ماء ونحوه فلو امتنع ينسب الى البخل فلا يختلفون اليه فينسب باب التجارة فصار هذا من ضروراته ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته **قوله** من كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة له في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم (في)

واجارة الصغار وذلك جائز من يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والهدية والصدقة والقبض فهذا ايملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظر للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجرو صار بمنزلة الانفاق *

قال ولا يجوز للملتقط ان يواجرة ويجوز للام ان تواجرا بنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعه فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه *

قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروي الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكرة كالا حراق بالنار ولا يكره ان يقيدة لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقة وصيانة لماله

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده يعولها ولها اب فوجب لها ان يوقبضت او قبض لها ابوها وزوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها القيام الاب لانه لما كان نفعه محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله القنية اصل مال للنسل لا للتجارة *

قوله واجارة الصغار فان قيل ذكر بعد هذا بخطوط ولا يجوز للملتقط ان يواجرة قلنا معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم في الصناعة ولهذا عدة من نوع الضرورة اولان فيه روايتان وبعضهم غير والى قوله واجارة الاظار والاول اصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المختار في لفظ فخر الاسلام البزدوي رح **قوله** ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز اي لا يلزم **قوله** ويكره (ان)

ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث
ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها
لان الاستشفاء بالمحرم حرام *

ان يجعل الرجل في عنق عبدة الراية بالراعا لمهمة هي غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها
انه آبق واما الداية بالبدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق واما
في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصاً في الهند كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله *

قوله ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي قيد به لانه لو اراد به التسمين لا يباح له **قوله** وقد ورد
باباحته الحديث اي باباحة التداوي وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال تداووا وعباد الله
فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول
على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعدة على الله دون الاسباب قال الله تعالى
لمريم رضي الله عنها وهزي اليك جذع النخلة والله تعالى قادر على ان يرزقها من فيه
هز كذا ذكره فخر الاسلام والمحجوبي رحمهما الله تعالى **قوله** الا انه لا ينبغي ان يستعمل
المحرم وفي النهذيب يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي اذا اخبره طبيب
مسلم ان شفاءه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاءك به فيه
وجهان وهل يجوز شرب الفليل من الخمر للتداوي فيه وجهان كذا ذكره الامام التمر تاشي رح
ونذكر في الذخيرة وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله بان الاستشفاء بالحرام حرام فهو غير
مجري على اطلاقه وان الاستشفاء بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا
علم ان فيه شفاء وليس له دواء غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه
ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء صرف له
دواء غير المحرم لانه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال يكشف الحرمة
عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال *

(قوله)

(كتاب الكراهية مسائل متفرقة)

قال ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له وبعث علبارض الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطاً فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذا انقضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيراً فالافضل دل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذا اشتغال بالكسب يتعدى عن اقامته وان كان غنياً فالافضل الامتناع على ما قيل وفقاً لبيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظر الممن يولى بعدة من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعدى اعادة ثم تسميته رزقاً يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زمانا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح

قوله بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له اي فرض اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا انه عليه السلام من اء مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقبل امارزقه من الفى مما افاء الله وقيل من المال الذي اخذ من نصارى بني نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجرو عن ابي بكر رضي الله عنه انه كان باخذ كل يوم درهما ونلبي درهم وعن عمر رضي الله عنه انه كان باخذ كفايته قال الصدر الشهيد وان استعف فبتنزه كان افضل قال الله تعالى ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف والآية وان كان نزلها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسنة فقد روي عن عثمان رضي الله عنه انه احتسب ولم يأخذ هذا كله فيما اذا كان مال بيت المال حلالاً لاجمع بحق واما اذا كان حراماً جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب ردة على اعله وليس ذاك بمال عامة المسلمين **قوله** وهذا فيما يكون كفاية يعني اذا اخذ القاضي (رزقه)

ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قبل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد *

قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الائمة فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها *

كتاب احياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطع الماء عنه ولغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به *

رزقه على وجه الكفاية بان تقلد القضاء ابتداء من غير شرط ثم رزقه الوالي كعناية لاحتباسه بالقضاء عن الكسب اما اذا اخذ على الشرط بان قال في ابتداء القضاء انما قبل القضاء ان رزقي الوالي كذا في كل شهر او في كل سنة بمقابلة قصائي بين الناس والا فلا قبل فهو باطل لانه استيجار على الطاعة فلا يجوز *

قوله ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قبل هو على اختلاف معروف يعنى لا يجب الرد على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وبجب الرد على قول محمد رح وقاسوها على نفقة الزوجة اذا استعجلت فمات احدهما قبل مضي السنة لم يرجع عندهما خلا فالحمد والصحيح انه يجب الرد **قوله** ولا بأس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم وفي اليتيمية كانت هذه الاباحة في الابتداء اما الآن فيكرة هولهما ايضا والله اعلم *

كتاب احياء الموات

قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطع الماء عنه ولغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك بان صارت سمخة او غلبت الرمال عليها فهذا تحديد لغوي ويزاد عليه في الشرع اشياء بيانها في قوله فما كان منها عاديا لا مال له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مال بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العاصر فصاح لا يسمع الصوت منه فهو موات * (قواه)

قال فما كان منها عاديا لملك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميته مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذالم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زادة رح وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياء باذن الامام ملكه وان احياء بغير اذنه لم يملكه عندا بي حنيفة رح وقال بملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كباقي الحطب والصيد ولا يبي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرأة الا ما طابت به نفس اماره ^{في شدة}

قوله اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح في الذخيرة الفاصل بين القريب والبعيد مروي عن ابي يوسف رح قال يقوم رجل جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال ويادى باعلى صوته فاي الموضع الذي لا يسمع صوته فيه يكون بعيدا وعن ابي يوسف رح في رواية اخرى ان البعيدة رغلوة **قوله** ومعنى العادي ما قدم خرابه يعني ان لا يكون منسوبا الى عاد كما هو مفتضاة وفي المبسوط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادى الارض لله وللرسول فمن احيى ارضا ميتة فهي له والمرد منه الموات من الارض سماها عاديا على ايها خربت على عهد عاد وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضي الزمان عليه ينسب الى عاد فمعناه ما تقدم خرابه فيداعلم انه لاحق لاحد فيه **قوله** واذالم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين من تنمة قول محمد يعني اذالم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يملكه على التخصيص **قوله** فيدار الحكم عليه (اي)

وما روي به يحتمل انه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به دون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياءها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلا لها لا رقبته فان اتركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذا اضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضاً ميتة ثم احاط بالاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد بن حمران طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لطرقه ونصد الرابع ابطال حقه *

اي على القرب والبعد وعند محمد بن حمران الحكم على حقيقة الارتفاق * **قوله** وما روي به يحتمل انه اذن لقوم فيحمل على ما رواه وهو محكم في انه لا يجوز الافتيات على رأي الامام ولان قوله من احيى ارضاً ميتة لبيان السبب وما رواه لكون الاذن شرطاً وليس في اللفظ ما ينفي هذا الشرط وقد دل الدليل على اشتراطه وما رواه نظيرة قوله تعالى فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ثم حرم الصوم على الحائض والنفساء وان شهدتا الشهر لان الدليل دل على اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس والكتاب لا ينفي ذلك فان قيل ما رواه خص منه الخطب والحشيش وما روي به لم يخص فكون العمل به اولى قلنا ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على رأي الامام والخطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصرفه مخصوصاً والارض مما يحتاج فيها الى رأي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى **قوله** والاصح ان الاول ينزعها واصل هذا ان من احيى ارضاً ميتة قال بعض المشائخ يثبت ملك الاستغلال دون ملك الرقبة فمنهم العقبه ابو القاسم احمد البلخي وعامة المشائخ يقولون يملك رقبتهما كذا في الدخيرة **قوله** لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذا اضافة فيه بلام التملك وهو قوله عليه السلام من احيى ارضاً ميتة فهي له **قوله** لتعينها لطرقه ونصد الرابع ابطال حقه (لا هـ)

قال ويملكه الذمي بلاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا

قال ومن حجار رضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلاً للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء اما هو العمارة والتحجير لا علام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لتحجير غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لتحجير بعد ثلث سنين حق ولانه اذا علمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهتدى اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقد رآه بن لث سنين لان مادونها من الساعات والايام والشهور لا يفتي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احيها غيره تبيل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيلاء فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجير بان غرز حولها اغصاناً يابسة او نقي الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصدها ما فيها من الحشيش او الشوك وجعل حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسنات ليمنع الناس من الدخول او حفر من بير ذراعا او ذراعين

لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً فاذا احياه الرابع فقد احيى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق *

قوله حتى الاستيلاء على اصلنا اي كما ان المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فكذلك الكافر ايضا يملك مال المسلم بالاستيلاء **قوله** او يعلمونه لتحجير غيرهم اي او يعلمون الموات بشيء آخر سوى الاحجار يمنع غيرهم **قوله** ليس لتحجير بعد ثلث سنين حق والاصح لمحتجر من احتجر الارض اي اعلم علما في حدودها ليحوزها ويمنعها كذا في المغرب *

(قوله)

وفي الخبر ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد ر ح انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيراً ولو حفر انهارها ولم يستقها يكون تحجيراً وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسقها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها *

قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر وبترك مرعى لاهل القرية ومطرح الحصادهم لتحقيق حاجتهم اليها حقيقتها او دايملها على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقى الناس منها لما ذكرنا **قال** ومن حفر بئر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء **قال** فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعاً لقوله عليه السلام من حفر بيراً فله مما حولها اربعون ذراعاً عطاء لما شئته ثم قيل اربعون من كل الجواب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً وهذا عندهما وعند ابي حنيفة ر ح اربعون ذراعاً لهما قوله عليه السلام حريم العين خمس مائة ذراعاً وحريم بئر العطن اربعون ذراعاً وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً ولا به قد يحتاج فيه الى ان يسرد ابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت

قوله وفي الآحور والخبر يعني في البئر وهو قوله عليه السلام من حفر بيراً مقدار ذراعاً وهو محتجر **قوله** ولو كربها وسقاها فعن محمد ر ح انه احياء ولو فعل احدهما يكون محتجراً وفي المبسوط ولو كربها او ضرب عايبها المسناة او شق لها نهاراً فهو احياء وفي الذخيرة ذكر شمس الايمة ان الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة بان كربها او ضرب عليها المسناة او حفر لها بيراً **قوله** لتحقيق حاجتهم اليها حقيقتها اي عند محمد او دليلاً اي عند ابي يوسف ر ح **قوله** وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه هذا استدلال بان ما افتقر اليه الناس كالملح والآبار التي يستقى الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالاتطاع من احد فكذا لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة كما في النهر والطريق **قوله** لما ذكرنا اي لتعلق حقهم بها **قوله** فان كانت للعطن وهي (التي)

وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحریم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيم اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة مساواة *

التي ينزح الماء منها باليد فحریمها اربعون ذراعا والعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء وان كانت للناضح وهي التي ينزح الماء منها بالبعير والناضح هو البعير فحریمها ستون ذراعا وهذا عندهما *

قوله وله ما روينا من غير فصل اي بين بير العطن وبير الناضح وهو قوله عليه السلام من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لما شئته فان قيل لما قيد في ذلك الحديث اربعون ذراعا بالعطن بقوله عليه السلام عطنا لما شئته فكيف يكون رواية ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح قلنا ذكر ذلك اللفظ للتعليل لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في العلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر الجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وَذُرُوا الْبَيْعَ قَيْدًا بِالْبَيْعِ لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذا قوله تعالى إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا الْآيَةَ وَالْوَعْدَ لَيْسَ بِمَخْصُوصٍ بِالْأَكْلِ وَلَكِنَّ الْغَالِبَ مِنْ أَمْرِ الْأَكْلِ فاخرجه على ما عليه الغالب **قوله** والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف فيه في قبوله والعمل به ولهذا رجع قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر على قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة

قوله تركناه اي القياس فيما اتفق عليه الحديثان وهو اربعون وفيما تعارض فيه وهو وراء اربعين لان العام ينفيه والخاص يشبهه وانما قلنا ذلك لان للعام موجبين احدهما ان يكون الحریم اربعين والثاني ان لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة من وهي للتبعيض والتميز يمتنع عليه الزيادة فان قيل كيف يتعارض الحديثان وقبول احدهما متفق على قبوله والاخر مختلف فيه قلنا نعني صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم (قوله)

قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبير بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضيها رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول *

قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والا خلال به وهذا لانه بالحر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر يرا في حد حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفرة به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعدي ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما

قوله لما روينا وهو قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع **قوله** والذراع هو المكسر وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بالمكسرة لانها نقصت من ذراع المالك بقبضة وهو بعض الاكسرة لا الكسرة الاخير وكانت ذراعه سبع قبضات **قوله** وقد بيناه من قبل اي بينا الوجه في ان الخمسمائة يعتبر من كل جانب **قوله** كما اذا هدم جدار غيره اي يضمنه النقصان ويبني الجدار بنفسه **قوله** وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الارض قبل حفرة ويقوم بعد حفرة فتضمن التفاوت *

(قوله)

والعذر لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطف في النائية ففيه الضمان لانه متعدد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني ييرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البير الاولى لاشي عليه لانه غير متعدد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة له حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رح انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعندة لا حريم لهما مالم يظهر له الماء على الارض لانه نهري في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرة في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجذف فيه ثمرة ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث **قال** وماترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياءه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامة لانه ليس في ملك احد لان فهر الماء يدفع فهر غيره وهو اليوم في يد الامام *

قوله والعذر لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه يعني يجعل الحفر التام بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بيرا نحو ذراع باذنه وثم يكون ذلك تحجيرا ولم يثبت له الملك بذلك القدر فكذلك الحفر التام بدون اذن الامام لان في الحفر التام وان وجدت العلة لكن الشرط وهو اذن الامام لم يوجد فلم يعمل العلة عملها فلا يثبت الملك فيبقى تحجيرا وبالتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق والقناة مجرى الماء تحت الارض **قوله** وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث فان وجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى يجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه السلام من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور كذا في مبسوط شيخ الاسلام رح **قوله** لان فهر الماء يدفع فهر غيره الاحياء شرطه ان يكون الارض في فهر الامام فاذا عدل عنه ولم يجز عود فاه فهر الماء فصار في فهر الامام فيجوز احياءه اذا لم يكن حريما لعامة * (قوله)

قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقال له مسناة امهر يمشي عليها وبلقي عليها طينه فيل هذه المسئلة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء فلا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى الغاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بخرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبيرة وله ان القياس يا بابه على ما ذكرناه وفي البيرة عرفناه بالاثرو والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البيرة الا بالاستسقاء ولا استسقاء الا بالحريم فتعذر الا لحاق وجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا بتبعالنهر والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمسائه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة لا ستوا ئهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي ما في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه

قوله ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رح قال ابو جعفر الهندواني رح في كشف الغوامض الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كرهه في كل حين واما الانهار الصغار التي يحتاج الى كرهها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق **قوله** وله ان القياس يا بابه على ما ذكرناه وهو قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر اي الاستحقاق بالعمل وهو الحفر ولا عمل في غير موضع الحفر فلا يستحق **قوله** ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه يعني لما استحق الحريم عندهما بالحفر يثبت اليد على الحريم والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه ينعدم اليد يعني لما لم يستحق الحريم (عند)

والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمسك الماء انما النزاع فيما وراه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر افع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولا آخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولا آخر خلف المسناة ارض تزرعها وليست المسناة في يد احد هما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رح وقال ابي لصاحب النهر حريما ملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احد هما معنا ليس لاحد هما عليه غرس ولا طين ملقى فيكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحد هما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم بفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رح اخذ بقوله في الغرس ويقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رح ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رح مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس والله اعلم *

عند ابي حنيفة رح بالحفر ينعدم اليد على الحريم والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما ذكره وهو قوله انه اشبه بالارض صورة ومعنى فيكون القول قوله في الحريم *

قوله والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك اي لا قضاء ملك واستحقاق وانما ذكر هذا لان صاحب النهر لو اقام بينته بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته وذلك لان الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة لا يصير مقضيا له في تلك الحادثة ابدا الا اذا كان القضاء قضاء ترك فانه يصير مقضيا له بعد اقامة البينة وفي قضاء الترك لو ادعى ثالث واقام البينة تقبل بينته وفي قضاء الاستحقاق لا تقبل بينته الا اذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له **قوله** وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولا آخر خلف المسناة ارض تزرعها وليست المسناة في يد احد هما اي ليس لاحد هما عليه غرس (ولا)

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او نثر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرها منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيى واحدا رضاميته وكري منه نهر ليسقيها ان كان لا يضر بالعمامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ فهر الماء يدفع فهر غيره وان كان يضر بالعمامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت غففة فتغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحي عليه لان شق النهر للرعي كشفته للسقي به والله لك اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت ولا طين ملقي انما اورد رواية الجامع الصغير لينكشف موضع الخلاف ان الخلاف فيما اذا لم يكن الحريم في يدا احد اما اذا كان في يدا حدهما فصاحب اليد الاولى بالاتفاق واما الفاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وفي ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش وهو الصحيح واما المرو فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وهو الاشبه وقال الفقيه ابو جعفر ررح اخذ بقوله في الغرس وبقوله في الفاء الطين والله اعلم بالصواب *

فصول في مسائل الشرب * فصل في المياه

قوله الشفة واحد الشفاة واصلا شفه سقطت الهاء تخفيفا ويقال هم اهل الشفه اي الذين لهم حق الشرب بشفاهم وان يسقوا دوابهم **قوله** والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر لان هذا الماء ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت فهر احد الا ان فهر الماء يمنع فهر غيره فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء **قوله** والثاني ماء الودية (العظام)

والاصل فيه قوله : م الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب

العظام هي جمع الوادي على غير القياس واصل التركيب يدل على الجري والخروج فسمي الوادي به لان الماء يدي فيه اي يجري ويسيل فكان فيه اطلاق لاسم الحال على المحل كذا في الصحاح وغيره وجميعون نهر يزيد وخورزم وسيحون نهر الترك ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وفي المغرب ضفة النهر جانب به بالكسر والفتح *

قوله والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار اما الماء فلانه صار موجودا بايجاد الله تعالى في مكانه فيبقى على الاباحة حتى بحر فاذا اخذه وجعله في وعائه صار اخص به وجاز بيعه كالصيد يصير مملوكا بالاستيلاء واما الكلاء فهو الحشيش الذي ينبت من غير ان ينبت له احد فلا يملك صاحبه بكونه في ارضه فان قطعه غيره واخرزه ملكه وصار اخص به واما الحشيش الذي انبت له صاحب الارض بان سقى ارضه وكربها فانبت الحشيش فيها له واه فهو احق بذلك وليس لاحد ان ينتفع به الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب والشجر اذا نبت في ارض انسان يكون لصاحب الارض والشجر ماله ساق نحو السوس والشوك والحشيش مالا ساق له اذا نبت بل ينسب على وجه الارض واما الذي رفعني اثبات الشركة فيها الانتفاع بصورتها والاصطلاح بها وليس لمن او قد ها ان يمنع غيره من الاقتباس منها فاما اذا اراد ان يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك لانه ملك صاحبه لان ذلك حطب او فحم احرزه الذي او قد النار فان اخذ من ذلك الجمر نظر فان كان ذلك ماله قيمة اذا جعله صاحبه فحما كان له ان يسترده منه وان لم يكن له قيمة لم يكن له ان يسترده لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا والمتعنت ممنوع شرعا من التعنت *

(قوله)

(كتاب احياء الموات ٠٠٠ فصول في مسائل الشرب ٠٠٠ فصل في المياه)

خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البشر ونحوها ماضع للاحرار ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهرة فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياء كان لاهل النهران يمنعونه عنه اضربهم اولم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا بحنا ذلك لانقطع منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد لما اخذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصا بالم تقطع يده ولو كان البشر والعين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذة بنفسه بشرط ان لا يكسر ضعفته وهذا مروي عن الطحاوي رح وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتقر في ارض مملوكة له اما اذا احتقرها في ارض موات ليس له ان يمنع لان الموات كان مشتركا والحفر كان لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهرة العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصدا تلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البشر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير سلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخصصة وقيل في البشر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان تأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قبل لا يمنع منه لان الابل لا يرد ها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه

قوله خص منه الاول اي الشرب بالاجماع لانه يجوز بيعه تبعالا لارض بالاتفاق ومقصودا في رواية **قوله** وهو يساوي نصا بالم تقطع يده فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يكون في السرقة نزع اليد نظرا الى قوله تعالى خالق لكم ما في الارض جميعا قلنا ثبت بالنص فلا يرد (علينا)

ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في دارة حملا بجرارة له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجرة من نهر هذا الرجل وبيرة وقنائه الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والصفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسيل فيه ولا شق الصفة فان اذن له صاحبه في ذلك واعاره فلا باس به لانه حقه فتجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه والله اعلم بالصواب *

فصل في كرى الانهار

قال رضي الله عنه الانهار ثلثة نهر غير مملوك لا حد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص

علينا نقضوا لان مقابلة الجمع بالجمع تنتضي انقسام الآحاد على الآحاد فيكون المعنى والله اعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الاشياء *

قوله ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح وعند بعضهم يتوضأ في النهر ويغسل الثياب فيه **قوله** انقطعت شركة الشرب بواحدة اي بالكلية والله اعلم *

فصل في كرى الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لا حد وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماؤه في المقاسم اي لا يقسم ماؤه ولا يمكن ذلك كجیحون والفرات ونحوه فانه لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوما لقوم ويوما لآخرين ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام اي من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص من كل وجه * (قوله)

والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كرىه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كرىه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكرىه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كرىه دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص يقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكرىه على اهله لما بينا

قوله والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه يعني ان كل ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وتكلموا في النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر عشرة فمادونها او عليه قرية واحدة يعني ماؤه فيها فهو خاص يستحق به الشفعة وان كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم ان كان النهر لما دون الاربعين فهو خاص وان كان لاربعين فهو نهر عام وقال بعضهم جعلوا الحد الباصل في المائة وبعضهم في الالف واصح ما قيل فيه انه يفرض الى رأي المجتهد حتى يختار من الاقوال اي قول شاء كذا في فتاوى قاضيخان وقيل الخاص ما لا يجري فيه السفن وما يجري فيه فهو عام وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهر ليسقي منه قرا حان او ثلثة وما وراء ذلك فهو عام **قوله** الا انه يخرج له اي للكرى ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل في تجهيز الجيوش لانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء كذا هنا **قوله** ويقابله عوض وهو حصه من الشرب فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص (بل)

ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما اتفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاء

بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص مع ان ذلك الضرر في الخاص مجبور بعوض يقابله وهو حصه من الشرب * **قوله** ثم قيل يجبر الآبي وهو قول ابي بكر الاسكاف رض وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي رحمه الله كذا في فتاوى قاضيخان رح ثم ما ذكره من اجبار الآبي فيما اذا كرى البعض وابى البعض فحينئذ يجبر الآبي على قول البعض واما اذا امتنع الكل من الكرى واتفقوا على ترك الكرى ففي ظاهر المذهب لا يجبرهم الامام على ذلك كما لو امتنعوا عن عمارة اراضيهم ودورهم وقد قال بعض المتأخرين من اصحابنا رحمهم الله يجبرهم على ذلك لحق اصحاب الشفة في النهر كذا في المبسوط **قوله** بخلاف ما تقدم وهو الا جبار في النهر الثاني فان من ابى من اهل يجبر عليه هناك لان احدى الجنبتين هناك عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره واما ههنا فكلا الجنبتين خاص فاستويتا فلا يجبر **قوله** ولا جبر لحق الشفة هذا جواب اشكال وهو ان في كرى النهر الخاص احياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكرى دفعا للضرر اهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشائخنا رحمهم الله فجواب ظاهر الرواية انه لا يجبر الآبي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر من كرى حيث لا يجبرون على الكرى لحق اهل الشفة ولان هذا امتناع عن اثبات الحق لهم لا ابطال حقهم لان حقهم انما يثبت حال جريان الماء لاقبله وهذا كما امتناع الولي لليتيم فان له ذلك لانه امتناع عن ثبوت الحق لليتيم لا ابطال حقه *

(قوله)

فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابي عليهم جميعا من اوله الى آخره
 بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لا حاجة الى تسهيل
 ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى
 فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيرة
 كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسدة من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا
 وقيل اذا جاوز فوهة نهر وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة
 من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنة قيل له ان يفتح الماء ليسقي
 ارضه لانتفاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لا اختصاصه وليس
 على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولا نهم اتباع *

قوله فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وبقول ابي حنيفة رحمه الله
 اخذوا في الفتوى كذا في فتاوى قاصيخان **قوله** فلا يلزمه انفاع غيره والصواب نفع غيره
 لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع **قوله** وليس على صاحب المسيل عمارته اي
 ليس على من هو في اعلى النهر عمارته اسفل النهر بسبب حق تسهيل الماء له وهذا جواب
 عن قولهما لا حاجة الى تسهيل ما فضل من الماء فيه قلنا مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارته
 ذاك الموضوع باعتبار تسهيل الماء فيه الا ترى ان من له حق تسهيل ماء سطحه على سطح جارة
 لا يلزمه شيء من عمارته سطح جارة ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى اسفل النهر
 بان يسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عن الماء فعرفنا ان الحاجة المعتبرة في الزام مؤنة
 الكرى الحاجة الى سقي الاراضي **قوله** وليس على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم
 لا يحصون ومؤنة الكرى لا يستحق على قوم لا يحصون ولان اهل الشفة جميع اهل
 الدنيا فلا يمكن جمعهم في الكرى **قوله** ولانهم اتباع والمؤنة على الاصول دون الاتباع الا يرى
 ان المؤنة في القليل الموجود في المحلة على اصحاب الخطة دون المسترين والسكان * (فصل)

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاربا فعليه البينه ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكه او حقا مستحقا فيه وعلى هذا التفصيل المصوب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فتحكم الاختلاف فيها نظيرة في الشرب واذا كان نهرين قوم واختصموا في الشرب

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قوله ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا والقياس ان لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بدون الارض ارثا ووصية وقد يبيع الارض بدون الشرب فبقي له الشرب وحده وهو مرغوب فيه منتفع به فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه بانبات حقه بالبينه **قوله** فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه اي زعم ان النهر له وليس لذلك الرجل حق فيه **قوله** فان لم يكن في يده علامة كون النهر في يده كرية وغرس الاشجار في جانيه وسائر تصرفاته **قوله** او انه قد كان له مجراه في هذا النهر اي في موضع الاجراء وهو حق التسييل **قوله** وعلى هذا المصوب يعني موضع اجتماع ما يفضل من الماء *

كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدرة بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحظه فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطالحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكس به النهر من غير تراض لكونه اضرا رايهم وليس لاحد هم ان يكرى منه نهرا او ينصب عليه رحي ماء الابرياء اصحابه لان فيه كسر صفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحي لا يضرب النهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر صفة وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر او اقنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه

قوله كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم فان قيل قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد يوجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه قلنا اليد لا تثبت على الماء الذي في النهر لاحد حقيقة وانما ذلك بالانتفاع بالماء والظاهر ان من له عشرة قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات اليد عليه وانما احرازه بسقي الارض وانما ثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقبة الارض ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق عين تثبت اليد عليه والمقصد التطرق فيه والتطرق فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة **قوله** والدالية والسانية نظير الرحي الدالية جذع طويل تركب تركيب مDAQ الازر وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها والسانية البعير يسني عليه اي يستقي من البئر ويقال للغرب مع ادواته سانية ايضا والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح واقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع * (قوله)

ويستوثق منه له ذاك او كان مقتظرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر صفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرًا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد من الشركاء في السهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه

قوله ويستوثق منه اي يشد جانبي القنطرة من النهر **قوله** ولا يزيد ذلك في اخذ الماء اي لا يزيد نقض القنطرة لدخول الماء في النهر الخاص **قوله** الكوة ثقب البيت والجمع كوى وقد يضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمعاني الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر **قوله** وكذا اذا كانت القسمة بالكوى اي لا يكون له ان يوسع الكوة **قوله** وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح كذا في الذخيرة **قوله** اراد ان يسفل كواه اي اراد ان يضع الكوة اصق عما كانت هي في ذاك الموضع او يرفعها يعني الى وجه الارض **قوله** ولو كان لكل منهم كوى مسماة اي معدودة **قوله** في النهر الاعظم اي كدجلة وفرات * (قوله)

وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى
لانه يستوفي زيادة على حقه اذا الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى
وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه
الدار التي مفتحتها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى
بينهما ان يسد بعضهما فغالغىض الماء عن ارضه كيلا تنزليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا
اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق
لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لو رنته من بعده لانه اعادة الشرب

قوله وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى اي التي لها شرب حتى ينتهي الى هذه
الارض الاخرى وهي التي لا شرب لها وذلك خواهر زاده اذا ملأ الارض الاولى من الماء وسد فوهة
النهر له ان يسقي الارض الاخرى من هذا الماء لانه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وان لم يسد
فوهة النهر ليس له ذلك **قوله** وهو نظير طريق مشترك ووجه كونه نظيرا هو انه يزيد
في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد في الطريق من المارة من ليس له حق في المرور
يعني اذا كان له داران متلازمان وهو يسكن احدهما والاخرى يسكنها غيره وممر الدار
التي هو يسكنها في طريق مشترك فـ اراد ان يفتح بابا للدار الاخرى الى هذا ليس له ذلك
قوله ساكنها غير ساكن هذه الدار قيد به لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح
بابا الى الدار الاخرى لانه متى كان ساكن الدارين واحدا لا يزداد المار **قوله** لما فيه من
الضرر بالآخر بسد الكوى وهو فعل صاحب الاعلى وليس لاحد الشريكين
ان يتصرف في المشترك على وجه يلحق الضرر شريكه وضررا لا يلحقه بفعل صاحب
الاسفل ابل يكون ارضه في اعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة اذا قل الماء **قوله** وكذا
اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما اي ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما
بالكوى وهو ان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر واك نصفه فاذا كان في حصتي سددت (ما)

فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر اولانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقي من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا الا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته

ما بدالي منها وانت في حصتك فتحت كلها فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بينهما مرة فلا يكون لاحدهما ان يطالب بقسمة اخرى وفي القسمة الاولى الانتفاع بالماء يستدام وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب الاسفل *

قوله فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة لانه يبيع الجنس بالجنس نسيئة لان ماء الغد لا يكون موجودا اليوم والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه يبيع المعدوم بالمعدوم لان الماء معدوم في النهر في الحال ولانه مجهول القدر ولا ان معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز في مجهول اولي ولان فيه غرر فانه مجهول لا يدري ان الماء يجري في الوقت الثاني ام لا **قوله** والشرب مما يورث لان الورثة يقومون مقام المورث في املاكه وحقوقه وقد يملك بالارث ما لا يملك بغيره من اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر **قوله** ويوصى بالانتفاع بعينه قيد الايصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الايصاء ببيع الشرب فان ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب **قوله** والوصية بذلك اي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته فان ذلك لا يصح كما لا يصح بيعه وهبته **قوله** حتى لا يضمن اذا سقي من شرب غيره هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام انه يضمن **قوله** وكذا الا يصلح مسمى في النكاح يعني اذا تزوج الرجل امرأة على شرب ارض فالتكاح جائز وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التملك بعقد المعاوضة ولا في الخلع يعني لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير ارض كان باطلا لا يكون له من (الشرب)

وكيف يصنع الامام الاصحح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب ويدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركه المبت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء ابي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزلت ارض جارة من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم *

كتاب الاشربة

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها *

الشرب شيء ولكن الخلع صحيح وعليها ان ترد المهر الذي اخذت لانها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فتصير غارة بهذه التسمية والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع فاذا ليس في بيتها شيء *

قوله وكيف يصنع الامام الاصحح ان يضم الى ارض لا شرب لها وقيل يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين **قوله** لانه غير متعد فيه وهذا لان كون الفعل علة للشيء انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعله اجتناع الماء في ارضه وانما صارت ارض جارة ذات نزب بالشرب والاجتناب وهو امر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا انه لو لا فعله لما حصل هذا الفساد فصا رفعه في حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب انما يضمن اذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر وفعله في ارضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا لتحمل ارضه عادة اما اذا سقى سقيا لا لتحمل ارضه فيضمن لانه اجري الماء الى ارض جارة تقديرا والله اعلم بالصواب *

كتاب الاشربة

وهي جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات واربد بها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بها لان فيديان احكامها كما سمي كتاب البيوع (والحدود)

قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر والكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين و اشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غير هاطنية وانما سمي خمر التخمرة لا المخامرة العقل

والحدود لما فيه بيان احكامها والاصول التي يتخذ منها الاشربة هي العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والارز والدخن والفواكه كالا جاص والقرصاد والشهد والعانيذ والالبان اما العنب ما يتخذ منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والمختج والمتخذ من الزبيب شيان نقيع ونبيد والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيد والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيء واحد حكما وان اختلف اسماء من البتع لنبيد العسل والحقه لنبيد الشعير والمزول لنبيد الذرة *

قوله اذا غلا واشتد المراد بالاشتداد كونه صالحا لاسكار **قوله** ولانه مشتق من مخامرة العقل مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه انه من المواجهة واليم من اليم **قوله** فمياذ كرناه اي في النبي ولهذا اشتهر استعماله فيه اي لكونه خاصا فيه اشتهر استعماله فيه وفي غيره اي غير النبي غيره اي غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف **قوله** ولان حرمة الخمر قطعية يعني لا يصلح ان يصرف تحريمها الا الى عين ثبتت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النبي ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه **قوله** وانما سمي خمر التخمرة اي لتشددة وقوته فان لها قوة وشدة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث لا المخامرة العقل اي لا لستره العقل * (قوله)

على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور
ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لالكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه
يحیی بن معین رح والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو الايق بمنصب الرسالة والثاني في حد
ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمر او لا
يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو الموثر في الفساد
ولا بي حنيفة، حران الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر

قوله على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه يعني ما ذكرتم انه سمي بها المخامرة العقل
فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل يسمى خمر فالفرس الذي يكون احد شقيه ابيض
والآخر اسود يسمى ابلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا
النجم سمي نجما لظهوره يقال نجم اي ظهر ثم لا يدل ذلك على ان كل ما يظهر يسمى
نجما والقارورة تسمى بها معنى القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وان كان المعنى
موجودا فيه **قوله** والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين فانه قال نلت احاديث لم تصح
روايتها عن النبي عليه السلام احدها هذا وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها كل نكاح
لم يحضرة اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهد اعدل **قوله** والثاني اي الحديث الثاني
اريد به بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام
لا لبيان الحقائق **قوله** وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ما ذكر
في القدوري بقوله وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد **قوله** لان الاسم يثبت
به اي انما يثبت هذا الاسم لكونه مسكرا مخمرا للعقل وذا باعتبار صفة الاشتداد اذ هو الموثر
في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فاما الغليان
والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تانير لهما في احداث صفة السكر وله ان القذف بالزبد
والغليان من آثار الحلاوة ومادام شيء من الحلاوة باقيا كان العين الاصلية قائما (فلا)

واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدوا وكفار المستحل وحرمة البيع قبل يؤخذ في حرمة الشرب به مجرد الاشتداد احتياطاً والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر (منه) لانه جمود الكتاب فانه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعوا الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا اترداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات

فلا يثبت اسم الخمر الا اذا سكن وقد فبالزبد وتميز الصافي من الكدر لان حكم الاباحه كان ثابتاً للعصير يقيين فلا يزول ذلك الا بيقين مثله واحكام الخمر مقطوع بها كالحدوا وكفار المستحل وحرمة البيع والنجاسة فيناط بالنهاية لما في النقصان من شبهة العدم فلا يصح اثباتها بالشبهة * **قوله** واحكام الشرع قطعية اي الاحكام النابتة في الخمر قطعية **قوله** غير معلول بالسكر اي عينها حرام لان يكون حراما لكونه مسكرا ولهذا لا يتوقف على السكر بل فطرة منها حرام **قوله** وهذا كفر منه اي انكار حرمة عينها كفر من المنكروا ان كان قائلاً بحرمة السكر منه لانه جمود الكتاب قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجسٌ من عمل الشيطان روي ان عمر رضي الله عنه قال لرسول الله عليه السلام الخمر مهلكة للمال مذهبة للعقل فادع الله تعالى ان يبينها لنا فجعل يقول اللهم بين لنا في الخمر بياناً شافياً فنزل قوله تعالى يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم بل نصيب من منافعها ويدع المآثم فيها فيقول عمر رضي الله عنه اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى فامتنع بعضهم وقالوا لا خير لنا فيها بمنعنا من الصلوة وقال بعضهم بل نصيب منها في غير وقت الصلوة وقال عمر رضي الله عنه اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب الى قوله تعالى فهل انتم منتهون فقال عمر رضي الله عنه انتهينا ربنا فقد اكد تحريم (١)

ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يبعد
لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لافي الاسماء والرابع انها نجاسة
نجاسة غليظة كالبول لنبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر استحلالها لانكاره
الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز
بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والا صرح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضمن بها ومن
كان له على مسام دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا لمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل

الخمر بوجوه فانه صدر الجدة بانما وقرن بعبادة الاصنام ومنه قوله عليه السلام شارب الخمر
كعابد الوثن وجعلها من عمل الشيطان ولا يأتي منه الا الشر البحت وامرنا بالاجتناب
وجعل الاجتناب من العلاج واذا كان الاجتناب فلا حاكم الا ارتكاب خيبة وخسار
وقوله فهل انتم منتهون من آكد ما ينتهي به كانه قال قد تلي عليكم من انواع الصوارف
والموانع وهو وقوع التعادي والتباغض والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلوة فهل انتم
منتهون مع هذه الصوارف ام انتم على ما كنتم عليه كان لم توعظوا ولم ترجروا *

قوله ثم هو غير معلول اي النص الوارد في الخمر غير معلول عندنا والشافعي رحمه الله جعل
الحرمة النابتة في الخمر معلولة بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى
اوجب الحد لشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة
قال عليه السلام حرمة الخمر بعينها وتعليل لتعدية الاسم فانه يثبت اسم الخمر لسائر الاشربة بمعنى
المخامرة ثم يثبت حكم الخمر في سائر الاشربة فهذا تعليل لتعدية الاسم والتعليل لتعدية الاحكام
لا الاسماء لان وضع اللغز ليس بقياس وانه توقيعي **قوله** انها نجاسة نجاسة غليظة كالبول والدم
لانها سميت وحسابا لنص القطعي **قوله** والتقوم يشعر بعزتها يعني قولنا ان الشيء متقوم انه
مما يجب ايفاؤه اما بعينه او بماليتها وهو القيمة القائمة مقامه فيكون ذلك اشعارا بعزته * (قوله)

وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميثة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم المطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحذر شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النية خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع النمر وهو السكر

قوله وهو غصب لانه اخذ بغير اذن الشرع او امانة لانه اخذ برضاء صاحبه **قوله** على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميثة وقدر ذلك في البيوع **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها كسقي الدواب والتداوي بها بالاحتقان والافطار في الاحليل كذا في الاوضح **قوله** الا ان حكم القتل قد انتسخ اي لقوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث **قوله** ما لم يسكر منه على ما قالوا قال شمس الائمة السرخسي رح يحده من شرب منه قليلا كان او كثيرا **قوله** لما ذكرناه وهو ما ذكر ان قليله يدعوا الى كثيرة **قوله** على الاختلاف اي اذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد *

(قوله)

وهو النبي من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى
تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا من علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة
مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرًا وتدعون رزقًا حسنًا واما
نقيع الزبيب وهو النبي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الازاعي
وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها
ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشر بها
حتى يسكر ويجب شرب فطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى
ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا
لها فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالته قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان
عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة
وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين

قوله وهو النبي من ماء التمر اي الرطب وانما فسر التمر بالرطب لما ان الشراب المتخذ من
التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وفيه خلاف الازاعي رحمه الله وفي السكر خلاف شريك
بن عبد الله **قوله** ويدل عليه ما روينا من قبل اراد به قوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين **قوله** وقيل اراد به التوبيخ اي لم يرد الامتنان واراد التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرًا وتدعون رزقًا حسنًا اي تتركون وفي بعض الفوائد وتدعون رزقًا حسنًا
اي تسمونه وفي الآية اضرار والآوجه ان يقال معناه والله اعلم تتخذون منه سكرًا ورزقًا
حسنًا على زعمكم ولا اضرار فيه **قوله** وقد بينا المعنى من قبل وهو قوله ولنا انه رقيق ملذ
مطرب **قوله** خلافا لهما فيهما اي في البيع والضمان **قوله** لا مثلها على ما عرف اي ان
المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأثورًا باعطاء المنزل * (قوله)

وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعده ايلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاء هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدة فكان آية حرمة

قوله وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لانه قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من بعد ما ذكر هذه الانبذة **قوله** ومن ذهب عقله اي بمنزلة من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وروي عن ابي حنيفة والسفيان الثوري رحمهما الله انه اذا علم حين شرب انه بنج ينفذ تصرفه وان زال عقله وان لم يعلم لا ينفذ كذا في الاوضح **قوله** وعن محمد رحمه الله انه حرام اي ما سوى ذلك من الانبذة كما يتخذ من الحنطة والشعير وامثاله ويحد شاربه والشيخ الخسرواني رح ذكر في الفتاوى ان الفتوى على قول محمد رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله **قوله** وقال فيه اي في الجامع الصغير ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط فالحاصل ان ابو يوسف رحمه الله كان يقول اولا مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام لكنه وحده شرط ان لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة ايام فها تان مسئلتان احداهما ان كل مسكر حرام عند محمد وابي يوسف رحمهما الله اولا ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح والثانية (ان

ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على
الحمد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما ذكره ان شاء الله تعالى
وأبو يوسف رح رجع الى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا
وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد
اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكرة من غير لهو ولا طرب وهذا عند أبي حنيفة و
أبي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كاللحام في المثلث العنبي
ونذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد رضي الله عنه قال

ان الاشربة نحو السكر ونقع الزبيب اذا غلا واشتد حرام عندهما وعند أبي يوسف رح كذلك
ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة ايام ولا يفسد اي لا يحمض ثم رجع الى قولهما *
قوله ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وهو ما قال كل نبيذ يفسد عند ابائه
فلا بأس به وكل نبيذ يزاد جودة على طول الترك فلا خيره اراد به النى من ماء الزبيب
والتمر انه ما دام حلوا ولم يصير معنقا فهو بحيث يفسد عند ابائه فلا بأس بشربه واذا صار
معنقا بان غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزاد جودة على طول الترك فلا خيره وبه كان
يقول أبو يوسف رح في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتسرانه اذا صار معنقا لا يحل
شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا بأس بشربه ثم رجع الى قول أبي حنيفة رح
قوله وأبو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحمد الذي ذكرناه وهو الغليان والشدة والقذف
بالزبد فيما يحرم اصل شربه وهو الخمر وفيما يحرم السكر منه وهو نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة يعني كما ان الخمر لا يثبت الاوان يثبت على هذا الحمد من الغليان والاشتداد
والقذف بالزبد لا يثبت كون السكر من هذين الشرايين حراما الا بثبوت هذا الحمد فيهما
وهو الغليان والاشتداد والقذف بالزبد **قوله** ولا بأس بالخليطين وهو ان يجمع بين ماء التمر
وماء الزبيب ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشد كذا في الاوضح * (قوله)

سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فآخبرته بذلك فقال ما زدناك على عَجْوَةٍ وَزَيْبٍ وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزيب وهو النبي منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين النمر والزيب والزيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء *

قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان ام يطبخ وهذا عندابي حنيفة وابي يوسف ر ح اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عايه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واما الى الكرم والنخلة خص التحريم بهما اذ المراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيرة كيف ما كان وهل يحذف في المتخذ من المحبوب اذا سكر منه قيل لا يحذف وقد ذكرنا الوجه من قبل وقالوا الاصح انه يحذفانه روي عن محمد ر ح فيمن سكر من الاشربة انه يحذف من غير تنصیل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الزلبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عندابي حنيفة ر ح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد من لحمه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع ملة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه *

قوله سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى اهلي ابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره ما لا يشربه او يشرب ما كان حراما وهذا يفيد ان المتخذ من العجوة والزيب حلال وان اشتد وصار مسكرا لان الذي سقاها كان مسكرا الا ترى الى قوله ما كدت اهتدي الى اهلي وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزيب وهي النبي منه **قوله** محمول على حالة الشدة اي على العسرة والقحط حيث كره للاغنياء الجمع بين النعمتين بل المستحب ان يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جارة حتى لا يشبع هو وجارة جائع وما روي من الاباحة محمول على حالة السعة بين الناس حيث اباح الجمع بين النعمتين هكذا روي عن ابراهيم النخعي ر ح كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم وهو حرمة ما يتخذ من ثمرهما فيكون ما وراءهما مباحا بالنصوص العامة **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة (الى)

قال وعصير العنب اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه ولهم في ابيات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيرة فقليله حرام وروى عنه عايه السلام ما اسكر الحجرة منه فالجعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما اقليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها وروى بعينها قليلها وكثيرها سواء واسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذا عطف للمغائرة ولان المفسد هو القدر المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعول رفته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه وامثلث لغلظه لا يدعوه وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على النسخ الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه امثلث لان صب الماء لا يزيد الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة السائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وهذا لان النص ورد بالحديث الخمر وهذا ليس في معناه فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس وذا لا يجوز ولان الحد شرع للزجر عن ارتكاب سيئه ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزجر كذا في المبسوط *

قوله والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه يعني به قوله كل مسكر حرام على ما ذكر يحيى بن معين قال ثلث احاديث لم نصح روايتها من رسول الله تعالى وذكر من جملتها هذا الحديث فان قيل القدر الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه فينبغي على هذا ان يكون الكل مما تقدم وتأخر حراما لاستناد كل واحد منها في التقوي الى الآخر قلنا لما وجد السكر بشرب القدر الاخير اصيف الحكم اليه لكونه علته (معنى)

لان الماء يذهب اولاً للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادننى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر وبين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادننى طبخة فعصر العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب اذننى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درته ولو طبخ الخمر او صيرة بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ *

قال ولا بأس بالانتباز في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام

معنى وحكما وهذا لان المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخمر من الطعام فان تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوي بدنه حلال وما يتخمه وهو الاكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه ما هو المتخمر وما زاد على الشبع وان كان هذا لا يكون متخماً الا باعتبار ما تقدم فكذلك في الشراب *

قوله لان الماء يذهب اولاً للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب يعني تارة يذهب الماء للطافته اولاً وتارة يذهب العصير والماء معاً فلو ذهابا معاً يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهابا معاً كان الذاهب من العصير ايضاً ثلثين كما الماء وهناك يجوز شربه لكن لما لم يتيقن بذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء اولاً للطافته فلنا بحرمة شربه احتياطاً لانه اذا ذهب الماء اولاً كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مر وهو الباقي **قوله** فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع والبتات * (قوله)

في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخاله واما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رح يغسل ثلثا ويجنف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينصرف بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله يملا ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته *

قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخايلها وقال الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافي به ولنا قوله عليه السلام نعم الايام ^{تغير} بالخل ولان بالتخايل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالذباغ والاقتراب لاعداد الفساد فاشبهه الراقعة

قوله في حديث فيه طول وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال كنت نهيتكم عن ثلث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقواوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان يمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوا بدم الكم وتزودوا فانما نهيتكم لتسع به موسركم على موسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه **قوله** وكذا الصالح للمصالح اي وكذا الصالح للمصالح وهو الحل مباح **قوله** والاقتراب لاعداد الفساد اي لا بطل صفة الخمرية وكان نظرا لاقتراب المراقبة وهو جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان في التخليل اقترابا فان قيل هي نجس العين فيحرم التصرف فيها قياسا على الميتة والبول والدم قلنا ليس كذلك فذاتها ذات العصير وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها بل هي وصفها وهو يقبل (١)

والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار
 الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قبل يطهر تبعا
 وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب
 منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامه شاطبه
 لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا ودبرة
 دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيلا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها
 الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها ما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميته
 ولو اتقى الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا
قال ولا يحد شاربه اى شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب
 جزء من الخمر ولنا ان قليله لا يدعوالى كثيرة لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه
 غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكرو لان الغالب عليه الثقل فصار كما اذا غلب
 عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم
 ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وتوجد الخمر في مرقاة لا توكل لتجسسها بها ولا حد
 مالم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجين عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه *

الزوال كالصبي في الصبي واما قوله عليه السلام لا تتخذوا الخمر خلا فمعناه لا تستعملوا الخمر
 استعمال الخل اى لا تضعوها مواضع الخل على المواثد كما يوضع الخل *

قوله والتخليل اولى بان يكون مباحا من الارقة اذ في الارقة ابطال المفسد لا غير وفي التخليل
 احراز المال وصيانته مع ابطال المفسد فيختاره اى فيختار التخليل على الارقة **قوله** كما في الكلب
 والميته اى لا يحمل الميته الى الكلب لكن يوتى الكلب اليها **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله
 كما في الكلب والميته **قوله** ويكره اكل خبز عجين عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه والعجين
 النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل اكله *

(فصل)

فصل في طبخ العصير

الأصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دوارق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير وما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة وأصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذهاب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا وثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار وأصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه لم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال

فصل في طبخ العصير

قوله الأصل ان ما ذهب بغليانه بالنار اي ما خرج من القدر من شدة الغليان وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن الدوارق مكبال للشراب يسعه اربعة امناء وهو اعجمي **قوله** ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الماء اسرع ذهابا يطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو (ثلاثة)

بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم *

ثلثة وثلث لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني وهو الذي يذهب الماء والعصير معا يجب ان يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى ثلثة عشر لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا هو ما لوصب الماء في العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء *

قوله بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث فيضربه فيما بقي الى آخره وذلك لان الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن تداخل اجزائه في اجزاء الباقي فيزاحمه فيراجع اجزاء الرطل الى اجزاء البقية وهو تسعة ارطال فيكون مع كل رطل تسع رطل فاذا انصب منه ثلثة ارطال فقد انصب ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي ستة ارطال وستة اتساع رطل ولو كان هذا حقيقة ليس انه يطبخ حتى يبقى رطلان وتسع ارطال كذا هنا **قوله** ولها طريق آخر وهو ان الذي ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل فاذا اهريق ثلثة فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب حسابا بالحلال او بالحرام فكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسع ارطال وان رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث وثلثه ثلث فصار ارطال الحلال ثلثين بينهما وقد اريق ثلثة وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع ارطال والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الصيد

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل صاح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى **وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا** ولقوله عز وجل **وَحَرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا** وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحتها انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي والله اعلم بالصواب *

كتاب الصيد

الصيد لغة الاصطياد وقد سمي المصيد صيدا تسمية بالمصدر فيجتمع اذا علا صيود الاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى **وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا** امر بالاصطياد وادنى درجات الامر الاباحة والسنة قوله عام الصيد لمن اخذ ففي هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسيبه يكون مشروع عاويستوي ان كان الصيد مأكول اللحم او غير مأكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل منفعة جلدة او شعرة او دفع اذى عن الناس **قوله** وانتفاع بما هو مخلوق لذلك اي بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع **قوله** وتمكنه من اقامة التكليف كان ينبغي ان يكون واجبا كوجوب التكليف لكن كونه غير متعين اوجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلوة فانه متعين لانه وسيلة لاقامة فرض آخر فكان واجبا **قوله** ما يحويه الكتاب اي كتاب الاصطياد احدهما في الصيد بالجوارح كالكلاب والفهود والصقور والبنزاة والثاني في الاصطياد بالرمي والله اعلم بالصواب * (فصل)

فصل في الجوارح

قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والعهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخالب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ وَالْجَوَارِحِ الْكَوَاسِبِ فِي تَابِلٍ وَالْمُكَلِّبِينَ الْمُسَلِّطِينَ فَيَتَنَاوَلِ الْكُلَّ بَعْمَوْمَهُ دَلَّ عَلَيْهِ مَارُونَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَاسْمُ الْكَلْبِ فِي اللُّغَةِ يَقَعُ عَلَى كُلِّ سَبْعٍ حَتَّى الْإِسْدَ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ اسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ الْإِسْدَ وَالِدَبَ

فصل في الجوارح

أَدْلَمَ أَنَّ حُلَّ التَّنَاوُلِ بِالْإِصْطِيَادِ مَخْتَصٌ بِشَرَائِطٍ مِنْهَا أَنْ يَكُونَ الصَّائِدُ مِنْ أَهْلِ الذِّكْوَةِ وَذَا بَانَ يَعْقِلُ الذَّبِيحَ وَالتَّسْمِيَةَ حَتَّى لَا يُوَكَّلَ صَيْدَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِذَا لَمْ يَعْقِلَا الذَّبِيحَ وَالتَّسْمِيَةَ وَأَنْ يَكُونَ لَهُ مِلَّةُ التَّوْحِيدِ دَعْوَى وَاعْتِقَادًا كَالْمُسْلِمِ أَوْ دَعْوَى لَا اعْتِقَادًا كَالْكَتَابِيِّ كَمَا مَرَّ فِي الذَّبَائِحِ وَأَنْ يَكُونَ مَا يَصْطَادُ بِهِ مُعْلَمًا وَأَنْ يَكُونَ جَارِحًا قَوْلُهُ تَعَالَى وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ **قوله** وسائر الجوارح المعلمة كالنمر والصقرو والشاهين **قوله** فلا بأس بصيدنا ما ذكر بلفظة لا بأس لأن قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ قد خص منه البعض كالذب والخنزير وغير ذلك والنص اذا خص منه البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد فيكون ظنيا فتمكن فيه الشبهة فلذلك قال لا بأس به **قوله** ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته فيذكيه يريد به اذا اخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه اذا قتله الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ وصيد ما علمتم من الجوارح وهو عطف على الطيِّبات اي احل لكم الطيِّبات وصيد ما علمتم من الجوارح وفي معنى الجوارح قولان أحدهما ان يكون جارحا حقيقة بنابه او مخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة (و)

لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلوه منه والدب لخساسته والحق بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً فيترسل بارساله ويمسكه عليه *

قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رض عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الواف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب

والثاني الكواسب كقوله تعالى وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ اِي كسبتم ويمكن حمله عليهما فيشترط ان يكون من الكواسب التي يجرح ليعمل بالجرح ييقين والمكلب مودب الكلاب ومعلمها ثم عم في كل من ادب حارحة بهيمة كانت او طائر او معنى قوله مكلبين معلمين اياها الصيداى الامساك لصاحبها يعلمونهن اى يؤدبونهن لطلب الصيد ويعلمونهن حال ثانية واستيناف مما علمكم الله من علم التكليب *

قوله لانهما لا يعملان لغيرهما وفي الايضاح اما عدم جواز الاصطياد بالاسد والدب فلعدم تصور تعلمهما لان من عادتهما ان يمسكا صيدهما فلا ياكلانه في الحال وانما يستدل على التعلم بترك الاكل ولو تصور التعلم منهما جاز واما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرماً **قوله** لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم وهو قوله تعالى وما علمتم من الجوارح والحديث به اى بالتعليم وبالارسال وهو حديث عدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم **قوله** والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الواف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب وهذا الفرق لايتأتى في العهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالاعتماد هو الاول كذا في المبسوط (قوله)

ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله ترك مرة او مرتين متبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وبلاء الاحذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع اصابة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير واذ انا الثلث فقد ربحها وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائدا انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نساوسا عا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطادة ثلثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارية معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة *

قوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله امكن بين هذه الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله عليه وبين قولهما فرق ففي قولهما انما يصير معلما اذا صاد ثلثا ولم يأكل منها فيحل حينئذ الصيد الرابع وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله على تلك الرواية يؤكل الصيد الثالث على ما يجيء في الكتاب **قوله** وفي بعض قصص الاخبار وفي المبسوط فقد رنا ذلك بالثلث لانه حسن للاختبار والاصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا اراق بيني وبينك وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة ايام للاختبار وقال عليه السلام اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يؤذن فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلث مرات فليتحول الى غيرها **قوله** كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وخذ التقادم وتقدير ما غلب في نزع ماء البئر المعينة **قوله** وله انه آية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على (صاحبه)

قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آله والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عند ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه في حرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية لتحقيق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مَا يَشِيرُ إِلَى اشترط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجراح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا *

صاحبه فاذا حكمنا بانه يمسك وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل كذا في المبسوط *

قوله او بازيه اى بازيه المعلم ترك صفة التعليم في البازي اكتفاء كما في قوله تعالى وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً اى نساء كثيرة **قوله** بانتساب ما وجد من الآلة اليه وهو الجرح فنسب ذلك الى الصائد بسبب استعماله اياه فتتحقق الذكاة الاضطراري **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ ما يشير الى اشترط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل اى في تأويل سوى التأويل الاول الذي ذكر قبل هذه الصفحة بقوله والجوارح الكواسب في تأويل **قوله** ولا تنافي اى بين التأويلين وفيه اخذ باليقين اى في الجمع بينهما اخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تنافي ثبت احدهما بدليل يوجب ترجيحه وان لم يكن بينهما تنافي ثبت الجمع اخذ بالمتقين كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله في الحيض في قوله تعالى وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مَأْكُوفَاتٍ فِي أَرْحَامِهِنَّ قِيلَ اريد به الحمل وقيل الحيض وأصحح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة **قوله** وجوابه ما قلنا اراد به قوله ولا تنافي وفيه اخذ باليقين (قوله)

قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه الباري اكل والعرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعدة حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المغازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هم يقولون ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما حرزه قد اضمض الحكم فيه بالا جتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقا لئلا يصيد من وجه لعدم الاحراز فحرمانه احتياطا وله اذ آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم

قوله كما بيناها في الابتداء اراد به قوله وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات الى ان قال وهذا عندهما وهورواية عن ابي حنيفة رح الى ان قال وعلى الرواية الاولى محل ما اصطادة ثالثا الى آخره **قوله** واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية لان الحكم بالحرمة لا يتصور الا في محل قائم وقد فات المحل بالا كل **قوله** بان كان في المغازة بعد واما ما باع المالك مما قدرة عن صيودة فلا شك ان على قولهما لا ينقض البيع فيه واما على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان ينقض البيع اذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلا قوله بان كان في المغازة بعد يعني لم يأخذه الصائد والحاصل ان على قولهما يحكم بجهله مقصورا على وقت الاكل وعند ابي حنيفة رح مستندا **قوله** اضمض الحكم فيه بالا جتهاد يعني انما حكمنا باباحة المحرز من الصيود بالا جتهاد لان ترك الاكل يحتمل ان يكون للعلم ويحتمل ان يكون للشبع فصار اباحة المحرز بالا جتهاد فلو (نقض)

وتبديل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصارك تبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء
ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالماً
فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل
لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غايه علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه
ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

نقض نقض بالاجتهاد لان الاكل ايضا يحتمل ان يكون عن جهل في الاصل ويحتمل ان يكون
لشدة الجوع اولاً لانه نسي الآن ولا اصل ان ما مضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله
لان المقصود قد حصل الآن ولكن يعمل به في المستقبل كما في سائر المجتهادات بخلاف
ما لم يحرزه لان الاباحه غير محكوم بها بعد من كل وجه لانا انما نحكم بها اذا خرج من الصيدية
من كل وجه وشئ من معناها باق فيه وهوانه في المفازة بعدا ونقول اباحه الاكل انما يثبت
وقت الاكل لعدم الحاجة قبل ذلك ووقت الاكل بعد الاحراز لان غير المحرز لا يؤكل
فان قيل الصيد اسم للمتوحش المتفر ولم يبق من هذا المعنى شئ قلنا بقي ما يلزمه وهو
عدم الاحراز على اننا نقول التفر والتوحش ليس بلازم للصيد فان البيضة صيد باعتبار
هاله مع انعدام هذا المعنى فيه فلا يكون هذا صيدا باعتبار ما كان بالطريق الاولى *

قوله وتبديل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل وتحقيقه ان حكم الاباحه في المحرز
انما يثبت عند الاكل لانها مبنية على كون الكلب معلماً وذلك ثابت بالاجتهاد على ماؤالا
فكان وهما واحتمالا والموهوم يعتبر عند الضرورة وذاك عند الاكل فلم تكن الاباحه ثابتة قبله فلو اعتبر
هذا الاجتهاد لا يؤدي الى ابطال حكم امضى بالاجتهاد وباجتهاد مثله بل يؤدي الى المنع
فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء **قوله** ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حيناً
اي دعه فلم يجبه ثم صاد اي ثم عاد الى صاحبه فصاد لا يؤكل صيده وما صاده قبل
الرجوع الى صاحبه فلا شبهة في انه لا يؤكل لعدم الارسال * (قوله)

(كتاب الصيد ٠٠٠ فصل في الجوارح)

لأنه لم يبق صيد افصار كما اذا القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه
واكل منه لأنه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ولونهس الصيد فقطع منه
بضعه فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث اكل
من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بملك
البضعة فاكلها يؤكل الصيد لأنه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل
ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لأنه اكل في حالة الاصطياد
فكان جاهلا بمسك نفسه ولان نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد
ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فلاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده
على الوجه الثاني فلا يدل على جهله *

قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا
البازي والسهم لأنه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذا المقصود هو الاباحة ولم تثبت
قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه
من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل
وهو قول الشافعي رح لأنه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال

قوله لأنه لم يبق صيدا لان الصيد اسم للمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل
وزال عدم احرازه بالا حرازه فالتحق بسائر اطعمته واكله من سائر اطعمته لا يدل على جهله
فهنا كذلك **قوله** بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية
اي باعتبار عدم الاحراز **قوله** اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه اما فقد الآلة او لضيق
الوقت وفقد الآلة ان لا يجده اصلا وضيق الوقت ان يكون الآلة موجودة الا انه لا يبقى
من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة والاستعداد للذبح * (قوله)

(كتاب الصيد ... فصل في الجوارح)

ووجه الظاهر انه قد راعى اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار حقيقة لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادبر الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثال ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما لا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهوانه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما ذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذ انرك التذكية

قوله ووجه الظاهر انه قد راعى اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح يعني ان حكم القدرة على الاصل يدار على الوقوع في يده حيا لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز لتفاوت احوال الناس في الهداية في امر الذبح وعدمها وهذا فلنا ان الحمل اذا سقط وضاق الوقت عن الذبح في المذبح فجرحه في غير المذبح حتى مات لا يحل لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار وهو حصوله في يده حيا **قوله** والميت ليس بمذبح اى ليس بمحمل للذبح لان ما بقي اضطراب المذبوح لا الحيوة المعتبرة وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهوانه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله يحل استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل لضيق الوقت فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان اخذ القاضي فخر الدين قاضي خان رح **قوله** ردا الى المتردية اى قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التي تقع في البئر ويسقط من الجبال ونحوه (و)

فلوانه ذكاة حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية اوبينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الْأَمْذَكِيَّتُمْ استثناء مطلقا من غير ^{بما نفي} فصل وعند ابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا يعتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم يأخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاة حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجدوا عند همالا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذا ارسل مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد

والجامع عدم نوصي الذكاة الا اضطرارية والاختيارية وذلك في المتردية ظاهرة وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع في يده حيا بطل الذكاة الا اضطراري ولا يوحد الذكاة الاختياري فصار نظير المتردية فلا يؤكل *

قوله فلوانه ذكاة حل عند ابي حنيفة رحمه الله هذا ليس لبيان الخلاف بل هذا لبيان الاجماع لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكوته الذبح وقد وجدوا عند همالا حل بلا ذبح **قوله** وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة الى آخره اي يحل عند ابي حنيفة رحمه الله عليه بالذكاة وعليه الفتوى اي على قول ابي حنيفة رحمه الله لقوله تعالى الْأَمْذَكِيَّتُمْ استثناء مطلقا من غير فصل بين ان يكون للمذبوح حيوة خفية اوبينة **قوله** على ما قررناه اراد به قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح **قوله** ولو ادركه ولم يأخذه المسائل المتقدمة فيما اذا ادركه واخذه **قوله** وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاة الذبح على ما ذكرناه وهو قوله لانه وقع في يده حيا * (قوله)

لان مقصودة حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتبارا ولو ارسله على صيد كبير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اجمع احدهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهذا فكس حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكنته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عاداته واخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقدارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة مالور من سهم الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عايه طويلا من النهار ثم مر به صيدا آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكنته اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين لما بينا في الكلب ولو ان بازيه معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه *

قوله لان مقصودة حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اي لا يقدر الكلب على الوفاء بأخذ المعين اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتبارا لان ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتبارا كما قلنا في البازي انه سقط اعتبارا ترك الاكل لاستحالة تعليمه ولا يقال جاز ان يكون مقصودة المعين لانا نقول لو كان مقصودة المعين كان باعتبارانه صيدا باعتبارانه هو **قوله** لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه اي في اوائل كتاب الذبائح حيث قال وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي **قوله** بخلاف ذبح الشاتين اي على التعاقب بتسمية واحدة **قوله** وكذا الكلب اذا اعتاد عاداته اي عادة الفهد **قوله** بخلاف ما تقدم وهو قوله فكس حتى يتمكن **قوله** ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء الى آخره من عادة (١)

قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضو افقته لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سبباً لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمد الم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولا نه اجتدع المبيع والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصاً واحتياطاً ولورده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدتها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولولم يرد الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذ وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً للفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصرت تبعاً فيضاف اليهما *

البزري انه يقع على شيء وينظر الى صيده الثانية من الجانب الذي يتمكن من اخذه فهو بمنزلة كمين العهد فلا ينقطع به فوراً لارسال *

قوله فيغلب جهة الحرمة نصاً اي بالنص وهو قوله عم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال واحتياطاً لان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك **قوله** ولورده عليه الكلب الثاني اي ولور الكلب الثاني الصيد على الكلب الاول يعني اذا كان الصيد يفر من الكلب الاول فاستقبله كلب آخر غير معلم فردة حتى اخذه الكلب الاول يكره اكله قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الايمة الحلواني فالحاصل ان ههنا فصلاً ثلثة في الاول الحرمة وهو فيما اذا شارك الكلب المعلم كلب غير معلم في الاخذ والجرح وفي الثاني الكراهة وهو فيما اذا عاونه غير المعلم في اخذ الصيد ولم يشاركه في الاخذ (و)

قال وإذا أرسل المسلم كلبه فزجرة مجوسي فأنزجر بزجرة فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصباح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجرة مسلم فأنزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فالولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالموتد والمحرّم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجرة مسلم فأنزجر فأخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانقلاط لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه

والجرح بل رد الصيد اليه حتى اخذه الاول فلما انفرد الاول في الاخذ والجرح غلب جانب الحل فوجب اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح وفي الثالث الاباحة وهو فيما اذا ازداد اشتداد الاول بسبب غير المعلم فلم يوجب الحرمة ولا الكراهة لعدم مشاركته واعانة في الصيد بل كان اثر فعله في الكلب لا في الصيد فلم يوجب الكراهة في الصيد لذلك * **قوله** كما في نسخ الآي فان نسخ المحكم اما يكون بالمحكم ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل **قوله** ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فالولى ان لا يثبت به الحل يعني اذا ارسل المسلم فزجر المجوسي لم تثبت شبهة الحرمة فالولى ان لا يثبت به الحل فيما اذا زجرة المسلم بعد ارسال المجوسي لان الحرمة اسرع ثبوتاً لان مبناها على الاحتياط فلما لم يؤثر فيما هو اسرع ثبوتاً فلان لا يؤثر فيما هو ابطأ ثبوتاً وهو الحل اولى **قوله** لان الزجر مثل الانقلاط من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال والقياس ان لا يحل بزجر المسلم لان زجرة ليس بارسال وبدون الارسال لا يحل لانه شرط وجه الاستحسان انه لما انزجر بزجرة جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال فان قيل الزجر بناء على الانقلاط فكان الزجر دون الانقلاط والشئ لا يرتفع بما هو دونه كما في الارسال والزجر قلما الزجر مثل الانقلاط (لانه)

فقتله الآخراكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقه احدهما ثم قتله الآخراكل لان الامتناع عن الجرح^١ بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفو^٢ ولو ارسل رجلا نكل واحد منهما كلبا فوقه احدهما وقتله الآخراكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجته عن حد الصيدية الا ان^٣ الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول *

فصل في الرمي

ومن سمع حساظنه حس صيد فرماه وارسل كلبا او نازا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب^٤

لانه وان كان فوقه بحسب السبق فهو دونه من حيث انه فعل المكاف فاستويا فصلح ناسخا اما الارسال فهو سابق وفعل المكلف والزجر لاحق وان كان فعل المكلف فكان دونه فلا يرتفع به * **قوله** فقتله الآخراكل ابينا اشارة الى قوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفو^٥ **قوله** بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول حيث لا يحل اكله لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكوته بعد ذلك بالذبح في المذبح فجرح الكلب في منله موجب للحرمة فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة وكذلك حكم الرمي على التفصيل على ما يجيء ان شاء الله تعالى *

فصل في الرمي

قوله ومن سمع حسا اي صوتا خفياظنه حس صيدا اي ظن ان المسموع حس صيد فرمى فاصاب صيدا اي غير الذي سمع صوته لان النكرة اذا اعيدت نكرة كان الثاني غير الاول ثم تبين انه حس صيدا اي تبين ان المسموع حس صيد يحتاج في اكله الى الذبح او الجرح وبحترز بهذا القيد عما اذا ظنه طيرا الماء فظهر انه سمكة او صيدا فظهر انه جراد لم يؤكل المصاب في رواية ويؤكل في اخرى *

(قوله)

أَيَّ صَيْدٍ كَانَ لِأَنَّهُ قَصْدُ الْأَصْطِيَادِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذَلِكَ الْخَنْزِيرَ لِتَغْلُظِ
 النَّحْرِيمِ الْأَقْرَبِ أَنَّهُ لَا تُثَبِّتُ الْإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلَافِ السَّبَاعِ لِأَنَّهُ يُؤْثِرُ فِي جِلْدِهَا
 وَزَفَرِ رَحِمِ خَصٍّ مِنْهَا مَا لَا يُؤْكَلُ لِحِمِّهِ لِأَنَّ الْأَرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلْإِبَاحَةِ وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسْمَ
 الْأَصْطِيَادِ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَأْكُولِ فَوْقَ الْفِعْلِ أَصْطِيَادٌ أَوْ هُوَ فَعْلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَإِبَاحَةُ التَّنَاولِ
 تَرْجِعُ إِلَى الْمَحَلِّ فَتَنْبِتُ بَقْدَرِ مَا يَقْبَلُهُ لِحْمًا وَجِلْدًا وَتَنْبِتُ إِذَا لَمْ يَقْبَلْهُ وَإِذَا وَقَعَ أَصْطِيَادًا
 صَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَاصَابَ غَيْرَهُ وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حَسَّ أَدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ أَهْلِيٍّ لَا يَحِلُّ
 الْمَصَابُ لِأَنَّ الْفِعْلَ لَيْسَ بِأَصْطِيَادٍ وَالطَّيْرُ الدَّاجِنُ الَّذِي يَأْوِي الْبُيُوتَ أَهْلِيٍّ وَالطَّيْرُ
 الْمَوْثُوقُ بِمَنْزِلَتِهِ مَا يَبْنِي وَلَوْ رَمَى إِلَى طَائِفٍ فَاصَابَ صَيْدًا أَوْ مَرَاتٍ لَا يَدْرِي وَحَشِيٍّ هُوَ وَغَيْرِ
 وَحَشِيٍّ حَلَّ الصَّيْدِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِيهِ التَّوَحُّشُ وَلَوْ رَمَى إِلَى بَعِيرٍ فَاصَابَ صَيْدًا وَلَا يَدْرِي
 نَادٍ هَوَامٍّ لَا يَحِلُّ الصَّيْدُ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْأَسْتِنَاسُ وَلَوْ رَمَى إِلَى سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ
 فَاصَابَ صَيْدًا يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ لِأَنَّهُ صَيْدٌ وَفِي أُخْرَى عَنْهُ لَا يَحِلُّ لِأَنَّهُ
 لَا ذِكْوَةَ فِيهِمَا وَلَوْ أَصَابَ الْمَسْمُوعَ حَسَهُ وَقَدْ ظَنَنْتُ أَنَّ مَا أَفَادَ هُوَ صَيْدٌ يَحِلُّ لِأَنَّهُ لَا مَعْتَبَرَ بَظَنَّهُ
 مَعَ تَعْيِينِهِ وَإِذَا سُمِّيَ الرَّجُلُ عَبْدَ الرَّمِيِّ أَكَلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَ السَّهْمُ فَمَاتَ لِأَنَّهُ ذَابَحَ
 بِالرَّمِيِّ لَكُنَّ السَّهْمُ آلَةٌ لَهُ فَتَشْتَرِطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ وَجَمِيعُ الْبَدَنِ مَحَلٌّ لِهَذَا النَّوْعِ
 مِنَ الذِّكْوَةِ وَلَا بَدَنٍ مِنَ الْجَرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذِّكْوَةِ عَلَى مَا بَيْنَاهُ *
قَالَ فَإِنْ أَدْرَكَ حَيَا ذِكَاةً وَتَدَبَّيْنَاهَا بِوُجُوهِهَا وَالْاِخْتِلَافُ فِيهَا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ فَلَا نَعِيدُهُ *

قَوْلُهُ أَيَّ صَيْدٍ كَانَ أَيَّ الْمَسْمُوعِ حَسَهُ أَيَّ صَيْدٍ كَانَ يُؤْكَلُ لِحِمِّهِ **لَا قَوْلُهُ** وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ
 أَنَّهُ خَصَّ مِنْ ذَلِكَ الْخَنْزِيرَ أَيَّ أَنَّ كَانَ الْحَسَّ حَسَّ خَنْزِيرٍ لَا يَحِلُّ تَنَاوُلُ مَا أَصَابَهُ مِنَ الصَّيْدِ
 بِخِلَافِ سَائِرِ السَّبَاعِ لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي سَائِرِ السَّبَاعِ مُؤْثِرٌ فِي طَهَارَةِ الْجَدِّ فَجَازَانِ يُؤْثِرُ فِي إِبَاحَةِ لَحْمِ
 مَا أَصَابَهُ **قَوْلُهُ** وَالطَّيْرُ الْمَوْثُوقُ بِمَنْزِلَتِهِ أَيَّ بِمَنْزِلَةِ الدَّاجِنِ مَا يَبْنِي أَيَّ لِأَنَّ الْفِعْلَ لَيْسَ بِأَصْطِيَادٍ
قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَا مَعْتَبَرَ بَظَنَّهُ مَعَ تَعْيِينِهِ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَصَابَ سَهْمُهُ صَيْدًا أَوْ الْمَسْمُوعَ (حَسَهُ)

قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا
اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل
الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتله ولان احتمال الموت بسبب
آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتبارا
مادام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان
التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي روينا حجة على مالك رحمه الله في قوله ان
ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة
سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب
في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه *

حسه انسان وقد ظنه صيدا حيث لا يحل المصايب لان رميه هنا توجه الى المسموع حسه
وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وفيما اذا اصاب المسموع حسه وانه صيد وقد توجه رميه
اليه وقع فعله اصطيادا فلم يعتبر ظنه انه انسان مع تعيينه للرمي *

قوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي
ومنه ربما يتحامل الصيد ويتطيراي يتكلف الطيران والتحامل ايضا الظلم يقال تحامل على
فلان اذا لم يعدل الا ان الاول يحمل نفسه على تكلف المشي والثاني يحمل الظلم
على الآخر **قوله** الا انا اسقطنا اعتبارا مادام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه
فان قيل يكون في اسقاط اعتباره تخصيص العلة اذا العلة منصوصة وهو قوله عليه السلام لعل
هوام الارض قتله وتخصيص العلة لا يجوز قلنا هذا ليس بتخصيص العلة بل هذا تخصيص
النص وانه جائز ولا نقول العلة انما يكون علة عند تعريته عن الحرج العظيم وفي اعتباره
حرج عظيم فلا يكون العلة متحققة فلا يكون تخصيص العلة **قوله** بخلاف وهم الهوام
فان احتمال قتل الهوام لازم في كل صيد يغيب عن عين الصائد فسقط اعتبار ذلك (ما)

قال واذا رمى صيدا فوق في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى عنه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرمي اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عل يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتبار سد باب الاصطيد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجودة مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائطا و آجرة ثم وقع على الارض او رماة وهو على جبل فتري من موضع الى موضع حتى تردي الى الارض او رماة فوق على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لا احتمال ان حده هذه الاشياء قتل، ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهريه او لبننة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رح وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشاق

مادام في طلبه كبل لا ينسد باب الاصطيد لانه لا يعري الاصطيد عنه عادة بخلاف ما اذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل لاحتمال الموت بها وهذا الاحتمال ليس بلازم في كل ما يغيب عن العين فلا يسقط عبرته *

قوله واذا رمى صيدا فوق في الماء او على السطح او على الجبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا في الحال اما اذا وقع الجرح مهلكا والحيوة التي بقيت في الصيد مثل الحيوة في المذبوح بعد الذبح فوقع في الماء او على السطح او على الجبل ثم تردى الى الارض لم يضرب بل يؤكل على ما قل في هذا الفصل ولهذا لوقع في الماء (و)

وحمله شمس الأئمة السرخسي رح على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبت من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير ما ثيا فكانت مع الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء **قال** وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرح اكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحددة فكل

وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليحقق معنى الذكوة على ما قدمناه *

قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلًا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفًا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفًا وجعله طويلًا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروحة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بتقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك اوله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بمصاوب يعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا

وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم وانما قيد بقوله ثم تردى منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل ابتداء او على السطح فاستقر عليه ولم يترد توكل وفي الذخيرة واذا اصاب السهم الصيد فوقع على السطح او على الارض من الهواء ومات فانه يؤكل استحسانا ولو وقع على السطح نم على الارض فانه لا يؤكل لان هذه متردية *

قوله وحمله شمس الأئمة السرخسي رح اي حمل شمس الأئمة السرخسي رح ما ذكر في المنتقى على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكوة وحمل المروي في الاصل على انه لم يصيبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وليس هذا باختلاف الرواية في الصحيح المعراض السهم بلا ريش يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحدته كذا في المغرب وفيه ايضا البندقة طينة مدورة ترمى بها ويقال لها الجلاهق **قوله** فصار كالمعراض اذا لم يخزق اي المعراض اذا لم يخزق لا يؤكل فكذا في البندقة خزق المعراض (١)

اللهم الا اذا كان له حدة تبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح يتيقن كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى التقل يتيقن كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالنقل كان حراما احتياطاً وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحد فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغبرة فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالحرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافري الاوداج فكل شرط الا انهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو نبح شاة ولم يسلم منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه *

اي نغذ وبالراء المهمة تصحيف والمرورة حجر ابيض رقيق كالسكين له حد بذبح به * **قوله** اللهم الا اذا كان له حدة تبضع اللهم كامة توتى بها قبل الاستثناء اذا كان المستثنى عزيزا نادرا وكان قصدهم بذلك الاسظهار بمشيئة الله تعالى في اثبات كونه وجوده اي اذا بان له بلغ من الندرة حد الشذوذ **قوله** ولو نبح شاة ولم يسلم منه الدم قيل لا تحل وهو قول ابي القاسم الصغار لانعدام معنى الدكاة وهو تسيل الدم النجس وقال عليه السلام ما انهر الدم وافري الاوداج فكل وقيل تحل وهو قول ابي بكر الاسكاف وكان يقول لا بأس باكله لوجود فعل الدكاة على ما قال عليه السلام الدكاة ما بين اللبنة واللحين وقد يحتبس بعض الدم في العروق بحابس يحبسه كما اذا اكلت الشاة الغنمات وذلك غير موجب للحرمه بالاتفاق فهذا اصله كذا في المبسوط **قوله** وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا اي يؤيد قول ابي القاسم الصغار على ما ذكرناه * (قواه)

قال واذا رمي صيدا فقطع عضوا منه **اكل** الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو
وقال الشافعي رح اكلان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان
والمبان منه كما اذا ايبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ايبين
بالذكاة ولما قوله عليه السلام ما ايبين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فيصرف
الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام
الحياة فيه وكذا حكما لانه تنوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع
حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ايبين بالذكاة قلنا حال
وقوعه لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم
الحياة فيه ولا تبعيه لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي
حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا يحكم بحل وذلك بان يبقى
في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا يحكم ولهذا لو وقع
في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه
المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثة مما يلي القوائم او اقل من نصف
الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه تنوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قد
بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل
المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا يحكم بان لا تنوهم بقاء الحياة بعد هذا
الجرح والحديث وان تناول السمك وما ايبين منه ميت الا ان ميتته حلال

قوله اكل الصيد لما بيناه اي لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح فلما قطع العضو كان الجرح
موجودا لا محالة فيحل **قوله** وقال الشافعي رحمه الله اكلان مات الصيد منه قيد به لانه
لو لم يمت من القطع الذي حصل به الابانة واحتيج الى ذكاة اخرى فان المبان لا يحل
قوله ولا تبعية لزوالها اي لزوال التبعية بالانفصال * (قوله)

بالحديث الذي رويناهُ ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لا بلاغه النخاع وان ضربه من قبل التفتان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتبام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجملته حل ما سواه لوجود الابانه معني والعبرة للمعاني *

قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمترد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف البصري واليهودي لانهما من اهل الذكاة **اختيارا** فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يصبه ولم يخرج من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للناني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول انخذه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالناني هو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاخرة بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال بنجومه الصدف لانه حينئذ يكون الموت مضافا الي الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكر ما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد بن حنبل لا يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال بسلم منه الصيد سواء ولا يحل **قال** والناسي ضامن اقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المنخن وهو منقوص بجراحته وفيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه

قوله بالحديث الذي رويناهُ وهو اُحلت لنا مبتتان ودمان * (قوله)

تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الأول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه
والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا
للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل
من الجراحتين اولا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا
مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون
هو مثلغا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاول
ما كانت بصنعه والباية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال
يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه
ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماة الاول ثانيا

قوله تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني فان علم انه مات من الاول فهو الاول
وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته لان الاول قد اصطاده والفعل من الثاني نقص ملك
الاول فيضمن **قوله** واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار
لولا رمي الثاني لان الاول لما اتخنه واخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة
لا يحل بذكاة الا اضطرار و يحل بذكاة الاختيار ولو لم يكن رمي الثاني فهو بالرمي الثاني
افسد عليه نصف اللحم فيضمنه فان قيل لم لا بدخل ضمان نصف اللحم في ضمان نصف
قيمه فان من اتاف شاة غير يضمن قيمتها ولا يضمن لحمها ثانيا قلنا لما مات الصيد يضمن
نصف قيمة الصيد منقوصا بالجراحتين لانه يكون مثلغا نصفه حيث اضيف الموت الى
فعلها ولكن منقوصا بالجراحتين لان احدهما بفعل الغير والاخرى ضمنها مرة ثم انما يضمن
قيمة لحم النصف الآخر الذي ضمنه مرة لان كل الصيد كان منتفعا في حق صاحبه
بواسطة الذكاة والثاني برمي اخبره عن ان يكون منتفعا به في حقه فعلم ان تكرر الضمان (لا)

فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيرة ويصير كما اذا رمى صيدا على قمة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا *

قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لا طلاق ما تلونا والصيد لا يختص بآكل اللحم (قال قائلهم) صيد الملوك ارايب و تعالب *
 واذا ركبت فصيدي ^{مردم} الأبطال * ولان صيدة سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه ولا استدفاع
 شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب *

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ولما روي انه عليه السلام لا يكون بازاء محل واحد بخلاف المستشهد وان لم يعلم باي الجراحتين مات فهو كما لو علم بانه مات منهما لان كل واحد من الجراحتين سبب القتل ظاهر ايفاض اليهما *

قوله فالجواب في حكم الاباحة اي لافي حكم الضمان لان الانسان لا يضمن بفعله لنفسه والله اعلم بالصواب *

كتاب الرهن

يقال رهن الرجل الشيء ورهنه عنده وارهنه لغة ورهنه ضيعتي فارتهنها مني اي اخذها رهنا والرهن المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن وفري بهما والرهن والرهنه الرهن ايضا والتركيب دال على الثبات والدوام وفي اللغة جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون حتى لا يصح الرهن الابدين واجب ظاهرا وباطنا وظاهرا فاما بدين معدوم فلا يصح ان حكمه ثبوت يدا الا استيفاء والاستيفاء يتلوا الوجوب *

(قوله)

اشترى من يهودي طعاما ورهنه بهادِرعَه وقد انعقد على ذلك الاجماع

قوله اشترى من يهودي طعاما ورهنه بهادِرعَه اي بقيمته وروي ان رسول الله عليه السلام توفي ودِرعَه مرهون عندي يهودي بوسق من شعير ثم المشائخ رحمهم الله استخرجوا من الحديث احكاما فقالوا فيه دليل على جواز الرهن في كل ما هو مال متقوم ما يكون معد الطاعة وما لا يكون معداله في ذلك سواء فان درعه عليه السلام كان معد الجهاد فيكون فيه دليلا على جواز رهن المصحف بخلاف ما يقوله المتعسفة ان ما يكون معد الطاعة لا يجوز رهنه لانه في صورته حبسه عن الطاعة وفيه دليل على ان الرهن جائز في الحضر والسفر جميعا فان رهنه عليه السلام كان بالمدينة في حال اقامته هنا بخلاف ما يقوله اصحاب الظواهر ان الرهن لا يجوز الا في السفر بظاهر قوله تعالى **وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** والتعليق بالشرط يقتضي الفصل بين الوجود والعدم ولکننا نقول ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس في معاملاتهم فانهم في الغالب يميلون الى الرهن عند تعذر امكان التوثق بالكتاب والشهود والغالب ان ذلك يكون في السفر والمعاملة الظاهرة من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا بالرهن في الحضر والسفر دليل جواز بكل حال وفيه دليل على ان المرتهن يكون احق بالرهن حال حيوة الراهن وبعد وفاته لانه عليه السلام مات ودِرعَه مرهونة ولولم يكن المرتهن احق بامساك الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله عليه السلام مرهونة وفيه دليل على انه لا بأس بان يرهن المسلم سلا حاصن الذمي بدين عليه وفيه دليل على انه لا بأس للامام والفاضي ان يباشر البيع والشراء بنفسه في غير مجلس القضاء خلافا لما يقوله الشافعي رحمه الله وفيه دليل على انه لا بأس بان يشتري الانسان شيئا نسيئة وان كان يمكنه الشراء بالنقد فانه عليه السلام اشترى بالنسيئة وكان يمكنه الشراء بالنقد بان يبيع درعه ثم يشتري طعاما بنقد خلافا لما يقوله بعض المتعسفة فانهم قالوا يكره للانسان الشراء بالنسيئة اذا كان قادرا على الشراء بالنقد * (قوله)

ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة *
قال الرهن ينقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجردة لانه عقد
 تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط الزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
 وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصارك لبيع ولانه عقد وثيقة
 فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه
 عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه

قوله ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فصارك بالوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة وكذا
 الحوالة فانهما مختصان بالذمة التي هي محل الوجوب اذ الذمة مضمومة الى الذمة في المطالبة
 او يتحول الدين من ذمة الى ذمة أصلاً من الاولى والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل
 لاستيفاء الدين منه **قوله** قالوا الركن الايجاب بمجردة لانه عقد تبرع اذ الراهن لم يستوجب
 بما اثبت للمرتهن من اليد شيئاً على المرتهن فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة واختلفوا في القبول
 قال بعضهم انه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن فانه قال في الايمان الاجارة
 بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يواجر ولا يرهن بدون القبول
 وهكذا ذكره في المنتقى واما القبض فشرط الزوم وقال بعض اصحابنا هو شرط الجواز وقال مالك رح
 يلزم الرهن بالايجاب والقبول لانه عقد يختص بالمال من الجانبين فاشبه البيع ولانه وثيقة بالدين
 بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف في الهبة والصدقة
قوله ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
 يراد به الامر كقوله تعالى فَضْرَبِ الرِّقَابِ * فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ كان هذا امراً بالرهن بهذه الصفة فينفى
 حوازه بدون هذه الصفة ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالتعل والنعال
 والجبل والجبيل وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر
 المقرون لان تقديرة والله اعلم فرهن رهان مقبوضة ووصفها بانها مقبوضة باعتبار المال * (قوله)

كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رح انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والا اول اصح فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا لم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالرهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان لزوم القبض اذا المقصود لا يحصل قبله *

قوله كما في الوصية كانه اراد به الوصية بالتبرع او هو تصحييف الهبة ويكون المراد من امضاء الوصية الموت من غير رجوع عنها فانه اذا مات لا عن رجوع فكانه امضى الوصية من هذا الوجه **قوله** ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية وهي عبارة عن رفع المانع من القبض **قوله** موجب للضمان ابتداء اراد بابتداء الضمان ان لا يكون مضمونا قبل العقد والرهن لم يكن مضمونا على الراهن حتى يكون الرهن نقلا للضمان فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداء كما في الغصب **قوله** بمنزلة الغصب يعني كما ان المغمصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذلك المرهون **قوله** بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان فان المبيع قبل التسليم الى المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن فانقل المبيع منه الى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء **قوله** ولا اول اصح لان حقيقة الاستيفاء بالتخلية والقبض الموجب لهذا الاستيفاء ايضا ثبت بالتخلية فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا لم العقد فيه **قوله** محوزا اي مقسوما وهو احتراز عن رهن المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا اي عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن وقوله متميزا اي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر بدون الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع **قوله** اذا المقصود لا يحصل قبله اي قبل القبض لان الرهن استيفاء ادين حكما والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون (القبض)

قال وإن أسلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأن بعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يصاد ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفي فرس الرهن عنده ذهب حقه وقوله عليه السلام إذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كَيْفِيَّتِهِ فالقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن بدلا لاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينسب من الحبس الدائم قال الله تعالى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ (وقال قائلهم) وفارقك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد خلت والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهي أن يكون موصلا إليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس يقع الا من من الجحود منخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته ولضجرة

القبض فكذا الاستيفاء حكما ولأن المقصود اضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يدا المرتهن عليه وذلك إنما يكون بالقبض *

قوله قال ومعناه أي وقال الشافعي رح ومعنى قوله عدم لا تغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين وقوله لصاحبه غنمه أي زوائده يكون له وعليه غرمه أي لو هلك لهلك على الراهن **قوله** ذهب حقه لا يجوز أن يراد به ذهب حقه في الحبس لأن هذا مما لا يشك **قوله** معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بأن قال الراهن لا أدري كم كانت قيمته وقال المرتهن كذا لك فهو بما فيه من الدين **قوله** واجماع الصحابة والتابعين على أن (الرهن)

وان كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلوا استوفاه
ثانيا يودي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على
الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور

الرهن مضمون مع اختلافهم في كفيته فقال ابو بكر وعلي رضي الله عنهما هو مضمون
بالقيمة وقال عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما مضمون باقل قيمته ومن الدين وقال
ابن عباس رضي الله عنه هو مضمون بالدين قلت قيمته او كترت وهو قول شريح فالقول
بالامانة خرق الاجماع ولم يفهم احد من اللغة من قوله عليه السلام لا تغلق الرهن نفي
لضمان عن المرتهن وذكر الكرخي عن السلف كطاؤس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا على
ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يكون مملوكا للمرتهن
والدليل عليه ما روي عن الزهري ان اهل الجاهلية كانوا يرتهنون ويشترطون على الراهن
انه ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل رسول الله عليه السلام
ذلك بقوله لا تغلق الرهن وقيل لسعيد بن المسيب اهو قول الرجل ان لم يات بالدين الى
وقت كذا فالرهن بيع بالدين فقال نعم وقوله لصاحبه غنمه صاحب بحتمل المرتهن كما
يقال للمضارب صاحب المال والحمل عليه اولى لان حقيقة الصحبة له فيصير كانه قال
للمرتهن غنمة اي الزوائد يصير رهناعنده وعليه غرمه اي هلاك الرهن على المرتهن وان كان
المراد به الراهن فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه والكفن حال موته *

قوله وان كان كذلك اي لما كان موجب الرهن ملك اليد والحبس ثبت الاستيفاء
من وجه وتقرر بالهلاك فلوا استوفاه ثانيا يودي الى الربوا اي الى تكرار الاداء مما يرجع
الى اليد وهو معنى الربوا **قوله** ولا وجه الى استيفاء الباقي اي الباقي بعد الاستيفاء يدا
وهو ملك الرقبة بدونه اي بدون الاستيفاء يدا هذا جواب اشكال وهو ان يقال يستوفى
المرتهن الدين على وجه لا يودي الى الربوا بان يستوفيه رقبة لا يد الان الاستيفاء يدا (تقرر)

(كتاب الرهن)

والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته
وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان

تقرر بالهلاك فبقي من دينه ملك الرقبة فاذا استوفاه استوفى حقه لازيادة ولا نقصانا
فاجاب رحمه الله بان استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصور فلو استوفاه بتكرار
الاستيفاء في حق اليد وذلك ربوا فثبت العجز عن الاستيفاء وهذا كما قال ابو حنيفة
ومحمد رحمه الله في رجل له على آخر الف جياذ فقضاها العازي فوفاه بنفقة رب الدين ثم علم
انهازيوف سقط اعتبار جودته لانها لا يمكن اخذها منفردة ولا وجه الى اخذها تبعا
لانه يصير ربوا فكذا ههنا *

قوله والاستيفاء يقع بالمالية هذا جواب اشكال ايضا وهو ان يقال وجب ان لا يستقط لان
المرتهن لم يستوف شيئا من حقه لان الاستيفاء يكون من جنس الحق فاجاب رحمه الله
بانه استوفى من جنس حقه لانه يكون مستوفيا من مال الرهن لا من عينه لان الاستيفاء
بالعين يكون استبدالاً والمرتهن مستوف لا مستبدل وباعتبار الاستيفاء من المالية يتجانس
الاموال اما العين امانة في يده وهو بمنزلة الكيس للمالية فكان الراهن جعل مقدار الرهن
في كيس وسلمه الى المرتهن ليستوفى حقه وعند الهلاك في يده يتم استيفاؤه في مقدار
حقه الا انها لم يصير ملكا له لان المالية صفة العين والاوصاف لا يملك قصدا وهذا كمن اشترى
دهنا في زق فسلم البائع الزق مع الدهن فان يدا المشتري يكون يدا استيفاء في حق الدهن
لا في حق الزق وكذلك تسليم الدار الى المستأجر بحكم الاجارة يكون يده يدا استيفاء
في حق المنفعة ويده امانة في حق الدار حتى ان ما يهلك من المنفعة يهلك على المستأجر
حتى يتأكد عليه الاجر بازائه **قوله** وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء عطف
على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن وفيه بيان ان العين امانة حتى لا يصير المرتهن
قابضا بنفس الشراء بل ينبغي ان يقبض ثانيا *

(قوله)

وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وأن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسبا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعند تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وتخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كناية المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجه وهو الاحتباس على الدوام وعندة لا يمنع منه لانه لا ينافي موجهه وهو تعيينه للبيع وسأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى *

قوله وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة يعني انما يندم معنى الصيانة اذا قلنا بتوى حقه والاستيفاء ليس باتواء للحق بل فيه معنى الصيانة على ما ذكرناه يقع به الامن عند جحود الدين مخافة جحود المرتهن الدين ويعجز عن الانتفاع بالرهن فيتسارع الى قضاء الدين ومن ضروراته فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتام الاستيفاء وذا لا ينافي كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها يوجب الدين في ذمة المحدث عليه صيانة لحق الطالب وأن كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا يزول معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء اذا تم ذلك بهلاك الرهن وذا لا يوجد في الصك والشهود **قوله** استيفاء منه عينا بالبيع اي استيفاء منه بعينه بالبيع لا مما يتولد منه لان تعيين عين للبيع لا ينتضي تعيين عين اخرى للبيع **قوله** منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد وكذا عن ركوبه وشرب لبنه لانه ينافي موجهه وهو ملك الحبس للمرتهن على الدوام ورهن المشاع لا يصح لان قبضه على الدوام لا يوجد فيه اذ في المهايأة يفوت حبسه يوم قبض الراهن ويسقط الدين بالهلاك ويسري هذا الحكم الى الولد لانه يملك ملك الاصل وعندة لما كان حكم الرهن صيرورة المرتهن احق به تبعادينه وعند البيع هو احق بتمنه فاذا هلك لا يسقط الدين لانه امانة عندة ولا يسري الى الولد لان (تعيين)

قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلوا الوجوب **قال** رخص ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالايمان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصيلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشائخ وهودين

تعين عين للبيع لا يقتضي تعين عين اخرى للبيع وصح رهن المشاع لانه يجوز بيعه وللرهن استرداد وركوبه وشرب لبنه لبقائه على ملكه ولا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع *

قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قوله مضمون على وجه التاكيد والا فجميع الديون مضمون كذا في شرح الاقطع وقيل هو احتراز عن ضمان الدرك وفي المبسوط والرهن بالدرك باطل لان الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن ولو هلك في يد المرتهن لم يضمن لان ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب ولا يصح ان يقال قوله مضمون احتراز عن بدل الكتابة لانه ذكر في فتاوى قاضيخان رح ان المولى اذا اخذ من مكاتبه رهنا ببدل الكتابة جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل ببديل الكتابة **قوله** لان حكمه ثبوت يد استيفاء والاستيفاء يتلوا الوجوب فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيا عليه فان قيل اليس انه اذا دفع ثوبا الى رجل على ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه فلا يكون تاليا للوجوب قلنا لا بل بعد وجود سببه لان القرض يثبت من حيث الاعتبار سابقا على الرهن كما في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم يثبت البيع سابقا على العتق فاذا ثبت القرض سابقا على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار **قوله** ويدخل على هذا اللفظ اي يشكل على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالايمان المضمونة بانفسها اي بثلها او بقيمتها فهي مضمونة بانفسها باعتبار ان المثل او القيمة قائمة مقامها واحترازه عن الاعيان المضمونة بغيرها وهي المبيع في يد البائع فانه مضمون بغيره وهو الثمن وفي المبسوط الرهن بالايمان على ثلاثة اوجه احدها الرهن (بعين)

ولهذا تصح الكفالة بها وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كفا في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة *

قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذاك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة له حديث علي رضي الله عنه قال يتراد ان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبا مروى عن عمرو بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى

بعين هو امانة وهو باطل لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة في العين مقصور عليه فاستيفاء العين من عين آخر غير ممكن والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن وهذا لا يجوز ايضا والثالث الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب العقد رد العين ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن *

قوله ولهذا تصح الكفالة بها اي لان الموجب الاصيلي هو القيمة تصح الكفالة بها مع ان الكفالة لا تصح الا في الديون **قوله** بخلاف الوديعة اي تبطل الحوالة المقيدة بها بهلاكها لانها تفوت لا الى خلف **قوله** وهو مضمون بالاقل الاقل بالالف واللام وقوله من قيمته اي يوم القبض ومن الدين بيان للاقل اي ايها كان اقل فهو مضمون به وصورته (قوله)

كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل والمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه

قوله فان كان قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر رح يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة لقول علي رضي الله عنه تراد ان الفضل في الرهن اثبت التراد مطلقا وانه يكون من الجانبين فينتظم حالة الهلاك والبيع فيجب التراد في الحالين جميعا في حالة البيع ان كان في الثمن نقصان فالراهن يرد الفضل من الدين وان كان في الثمن زيادة فالمرتهن يرد الزيادة وكذا في حالة الهلاك ان كان في قيمة الرهن نقصان عن الدين فالراهن يرد الفضل وان كان في القيمة فضل على الدين فالمرتهن يرد فضل القيمة على الدين فيثبت التراد من الجانبين *

قوله كما في حقيقة الاستيفاء اذا اوفاه الفي درهم في كيس وحقه في الف يصير ضامنا قدر الدين لا غير الزيادة على قدر الدين امانة فكذلك هذا **قوله** والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة كما اذا رهن عبدا قيمته اكثر من الدين حيث لا تتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل **قوله** ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجبي ان شاء الله تعالى **قوله** والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه وانما حملنا التراد على (حالة)

كما بيناه على التفصيل فيما تقدم وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يدا الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يدا المرتهن وهو محتمل وإذا حضره امر الرهن بتسليم الدين أولا ليتعين حقه كما تعين حق الرهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والتمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه أن كان الرهن مالا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالاجماع وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سأل الرهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد ونسيئة جاز لا طلاق الأمر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الرهن

حالة البيع توفيقا بين حديثي علي رضي الله عنه فإنه روي عنه أي من علي رضي الله عنه وهو ما روي محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل فقد تبين بهذه الرواية أنه إنما أراد بالترادف في حالة البيع لا في حالة الهلاك * **قوله** كما بيناه على التفصيل فيما تقدم أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي وقوله على التفصيل وهو ما فصل فيه بقوله وهذا أي ترك الحبس إذا ثبت الحق باقراة لأنه لم يعرف كونه مما طلا وأما إذا ثبت بالينة حبسه كما ثبت لظهور المثل بانكاره **قوله** وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن ذكر في بعض الفوائد ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك أن طلب الرهن ذلك لأن الرهن غائب فيحتمل هلاكه وعلى اعتبار لا يجب قضاء الدين فإذا حلف المرتهن قضي الدين **قوله** فباعه بنقد ونسيئة جاز لا طلاق الأمر قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله إذا تقدم من الرهن (ما)

فصار كان الراهن رهنه وهودين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البديل مقام المبدال
الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه
وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل
لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

ما يدل على النقديان قال ان المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبيعه حتى انجوسه فباعه
بالسيئة لا يجوز بمنزلة مالوقال لغيره بع عبيدي فاني احتاج الى النفقة *

قوله فصار كان الراهن رهنه وهودين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تافاسخا الرهن وصار الثمن
رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن
باقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن فصار كان رهنه ولم يسلم بل وضعه على
يدي عدل كذا في زيادات قاضيهان فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح قلنا نعم ولكن
يبقى حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك
ثم ثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا **قوله** الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
هذا استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهودين على تقدير اشكال وهو ان يقال لم يصير
كان الراهن رهنه وهودين اذ لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن
في يد العدل وله ذلك فاجاب رح وقال ولاية القبض له باعتبار انه عاقد ويجوز ان يرجع
الاستثناء الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لا يكلف احضار الثمن
الا ان ولاية القبض له باعتبار انه عاقد **قوله** يكلف لاستيفاء نجم قد حل هذا اذا ادعى الراهن
هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه واما اذا قال الراهن
قد نوى الرهن وصار المرتهن مستوفيا دينه وليس علي شيء من الدين وطلب من القاضي
ان يأمره بالاحضار ليظهر حاله بامره بالاحضار اذا كان في المصر الذي رهنه ولكن
لا يسلم اليه حتى يقبض جميع الدين *

(قوله)

وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار ديننا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامران يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو جبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به *

قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يسكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضى الدين على ما بيناه ولو قضاة البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاة الدين قبل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لو صول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاة لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفا سخر الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يطل الرهن

قوله وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ اي بيع العدل او المرتهن الرهن باذن الراهن بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حيث يجبر الراهن على قضاء الدين في البيع اذا طال به المرتهن ولا يكلف احضار الرهن قبل قبض الثمن لان الرهن صار ديننا بالبيع باصر الراهن وفي صورة القتل لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لانه ما صارت قيمة بفعل الراهن **قوله** وفيما تقدم اي فيما اذا باع العدل او المرتهن **قوله** وامره ان يودعه غيره في الايضاح وضعه العدل عند غيره ودبعة او كان في يده **قوله** لما قلنا انه رة الى قوله لانه لم يقبض شيئا * (قوله)

الابالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك
 في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبغاء الرهن وليس للمرتتهن ان ينتفع بالرهن
 لباستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع
 وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع
 بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي *
قال والمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
 قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه اعانة في يده
 فصار كالودعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني

قوله الابالرد على الراهن على وجه الفسخ قيد به لانه لوردة على الراهن على وجه العارية
 لا يبطل الرهن **قوله** لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين وفي المبسوط اختلف
 المشائخ رح انه لما ذال لا يفسخ بمجرد الفسخ منهم من قال لان الرهن يثبت بالعقد والقبض
 جميعا الا ان هذا يشكل بالهبة والبيع الناسد فانه يثبت الفسخ فيهما من غير نقض القبض
 وان كان لا يثبت الا بالعقد والقبض جميعا ومنهم من قال انما لا يحتمل الفسخ الرد بمجرد
 الذول قبل الرد لان حكمه قبل الهلاك ثبوت يدا الاستيناء في حق الحبس فيعتبر باليد
 النابتة بحقيقة الاستيناء في حق الحبس والملك وحقيقة الاستيناء لا ينتقض بمجرد القول
 دون الرد لان فعلهما مخالف لثولهما والذول منى خالف الفعل لا يعتبر كالسلطان اذا
 اكره رجلا بالا فرا بالحبس ثم قال لا احبسك ان شئت فاقروا ان شئت فلا تقروا هو احبس له
 في الحال فهذا القول من السلطان غير معتبر لانه يخالف فعله حتى يكون مكرها في اقراره
قوله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا في ودعة الذخيرة وذكر محمد رح
 من جملة من في عياله زوجته وواحدة واجيرة الخاص الذي استأجرة مشاهرة او مسانهة
 لامياومة ثم ذكر والحاصل ان العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة الا ترى (ان)

فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن
ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن
بالتعدي فلورهنه خاتما فجعله في خنصرة فهو ضامن لانه متعدد بالاستعمال لانه غير مأذون
فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ووجعله
في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لاندلا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان
ان لبسه ليسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه ام يضمن ولورهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها
لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين
في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل
بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن *

قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي
ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن
سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون
اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه

ان المرأة اذا اودعت وديعة فدفعت الوديعة الى زوجها لا يضمن وان ام يكن الزوج
في نفقتها لانها يسكنان معا الا ترى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع لم يكن في نفقته
فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن فعلم ان العبرة لما قلنا *

قوله فهو على الخلاف يعني الاختلاف المعروف في المودع اذا اودع هل ينضم الثاني
عند ابي حنيفة ربح لا يضمن وعندهما يضمن **قوله** والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن
اي غير مصلحة الحفظ مثل تلقيح النخيل وتسديته وسقيه مرة بعد اخرى **قوله** وكذلك
منافعه مملوكة له اي الاولاد والثمرات وسائر ما ينمو مثل الصوف والشعر وما ينبت من
الاشجار في الارض المرهونة وسائر منافعه يريد به ان العين باق على ملكه حقيقة وكذا

واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئرو ولد
الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذابة والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه
او رده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له
والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر
الرواية ومن ابي يوسف رح ان كرى الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته
منه

حكما لان منافعه مما وكنه له بخلاف المستعير والموصى له بالخدمة فان النفقة عليهما لانها
تزل بمنزلة المالك بملك المنفعة والمرتهن لم يملكها مطلقا لانه وان ملك حبسها
وفيه منفعة اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين الا ان منفعة قضاء الدين مشترك
بينهما فلم ينزل منزلة المالك *

قوله واجرة الراعي في معناه اي معنى الاتفاق في المآكل والمشارب لانه علف الحيوان
اي الاجير سبب علف الحيوان لانه يوصل اليه به فاطلق اسم السبب على المسبب وقيل
انه راجع الى الراعي فان قيل كما ان الراعي يسوق الدابة الى العلف فكذلك بحفظها
ايضا والحفظ على المرتهن وان كان العلف على الراهن الا ترى ان اجرا للمربط الذي يأوى اليه
الرهن على المرتهن فيجب ان يكون الاجر عليهما نصفين قلنا الراعي للاعلاف لا للحفظ
الا ترى ان السارق من المرعى لا يقطع ومن المراح يقطع لان الحفظ تبع والاجر بازاء
الاصل كالثمن يقابل الرقبة دون الاطراف **قوله** ومن هذا الجنس كسوة الرقيق اي من
جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته **قوله** وكل ما كان لحفظه او لرد اي الحفظ
اذا كان للرد الى الراهن فدوئته على المرتهن لان الحفظ واجب عليه ولهذا الوشرط الراهن
شيئا للمرتهن على الحفظ لا يصح ولا يستحقه بخلاف الوديعة فان المودع اذا شرط شيئا
على الحفظ يصح **قوله** لرد على يد الراهن وفي بعض النسخ الى يد المرتهن ووجهه انه ابق
العبد المرهون فردة انسان الى المرتهن فاجعل عليه **قوله** او لرد جزء منه بان يبيض عين (١)

المناخ

ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة ثمانيه لانه امانة في يده والرد لعادة اليد ويده في الزيادة بد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهمذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فينتقد بقدر المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والمخرج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق الرهن او يحدث به مرض آخر فامداواة على المرتهن لان رد كل الرهن واجب على المرتهن فكذلك جزؤه وفي المداواة حفظ الجزء للرد فيكون على المرتهن كما في الكل *

قوله ومن هذا القسم جعل الآبق اي من القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن **قوله** انما يلزمه لاجل الضمان اي لاجل ان الرهن مضمون على المرتهن مالية فينتقد بقدر المضمون لان جعل الآبق لاعادة اليد ويده في قدر الامانة بد المالك فكانت مؤنته اعادةها على المالك فينتقد الواجب عليه بقدر ما يكون مضمونا عليه بخلاف اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن لان ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه وامساكه عن الايدي المتعرضة وحبس الجميع وامساك الجميع حق المرتهن ولهذا كان له حبس الكل ما بقي جزء من الدين **قوله** لتعلقه بالعين يعني تعلق العشر بالعين والمالية جميعا وتعلق حق المرتهن بالمالية دون العين فكان العشر مقدما على حق المرتهن لقوته ثم لا يبطل الرهن لوجوب العشر وان كان يتضمن شيوع الرهن ظاهر الان وجوب العشر لا ينافي ملك المالك في المحل لان ملك الفقير لا يثبت في العشر قبل الاخذ فعلم ان بوجوب العشر لا يخرج قدر الواجب من ملك المالك ولا يلزم (من)

وما اداة احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امرة به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رجع الله لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رجع يرجع في الوجهين وهي ^{من غير اداة} فرع مسئلة الحجر والله اعلم بالصواب *

من ذلك شيوع الرهن حقيقة فلا يبطل بخلاف الاستحقاق لان قدر المستحق يخرج من ملك المستحق عليه ويلزم من ذلك شيوع الرهن *

قوله وما اداة احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امرة وهو غير مضطربة لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي حتى يأمر صاحبه بالاداء او الاتفاق ان كان حاضرا وان كان غائبا يأمر الحافظ بالاتفاق ليرجع عليه وفي الذخيرة وما انفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو منه تطوع فان امرة القاضي ان ينفق عليه ويجعله ديناً على الراهن فهو دين عليه ثم قال فقد اشار الى انه بمجرد امر القاضي لا يصير النفقة ديناً على الراهن حيث قال ويجعله القاضي ديناً عليه قال شمس الائمة وهكذا يقول في كتاب اللقيط واكثر مشائخنا على انه لا بد من التنصيص على ان يكون ديناً على الراهن اما بمجرد الامر بالاتفاق فلا يصير ديناً بالاتفاق وهذا لان امر القاضي في هذا الموضع ما كان لالزام المأمور شيئاً فانه لا يلزمه بالاتفاق لان الامر بذلك متردد بين الامر بالاتفاق حسبة وبين الامر بالاتفاق ليكون ديناً عليه فعند الاطلاق لا يثبت الاداء فلما ثبت ديناً عليه لا بالتنصيص وهذا بخلاف صاحب العلو اذا بنى السفل حيث يرجع على صاحب السفل وان كان بغير امر القاضي لانه مضطربه لان القاضي لا يجبر صاحب السفل على البناء وبخلاف معبر الرهن لانه مضطرب في تخليص ملكه ولو اجبر القاضي المستعير على اداء الدين ربه يقدر ووربما لا يقدر **قوله** وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه كذا في الايضاح يعني عند ابي حنيفة ونفذ عليه امر القاضي حال حضوره بصير ^{حجراً} راء ايه ولا يملك حجرة بخلاف حال غيبته فان فيه ضرورة وعندهما يملك الحجر فينفذ حال حضرته وغيبته والله اعلم بالصواب * (باب)

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال لا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يدا الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو المحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنك يوما ويومالا

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قوله هذا اي ثبوت يدا الاستيفاء لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع فان قيل كيف يستقيم هذا والشروع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفي منه حقه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا واذا لم يمنع الشروع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يدا الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشروع لا يمنع الملك وموجب الرهن ثبوت يدا الاستيفاء فقط وهذا لا يتحقق في الجزء الشائع فان قيل اليد الحقيقية غير معتبرة فان الرهن يتم بالتخلية قلنا الاصل ان تعتبر الحقيقية لان الرهن عبارة عن الحبس فيجب اثبات الحبس باقصى ما يعمور وهو الحقيقي الا ان التمكن من الحبس اقيم مقامه فلا بد من اثبات التمكن والتمكن من اثبات اليد حقيقة غير ثابت في الشائع فلم يكن التخلية تمكينا **قوله** لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى **فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** **قوله** من الوجه الذي بيناه وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود واضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين **قوله** وكل ذلك اي القبض والاستيثاق يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه اي الى الدوام * (قوله)

ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع بقبلة وههنا الحكم ثبوت بدالاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلقة وما يرجع اليه فالابتداء القبض والبقاء سواء كالمحرمة في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها (وهو الملك) واعتبار القبض في الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن *

قوله ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها اي للوجه الاول وهو ان حكم الرهن ثبوت بدالاستيفاء هو بنا في حكم الرهن فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها لان ما ذكرنا من المعنى وهو عدم قبول المشاع حكم الرهن لا يفصل بخلاف الهبة لان المانع من جوازها ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام وذلك مخصوص بما يقبل القسمة ولذا سوينابين رهن المشاع من شريكه وغيره على هذا الوجه وهو الوجه الاول وعلى الوجه الثاني ايضا لا يجوز من شريكه لانه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا وقوله يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن اراد به الحبس بحكم الرهن لانه يسكن لانه ممنوع عن الانتفاع بالرهن **قوله** والشيوع الطاري بان رهن جميع العين ثم تفاسخ العقد في النصف ورده المرتهن يمنع بقاء الرهن اي في النصف الثاني في رواية الاصل وهو الصحيح حتى قالوا في العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه يبطل الرهن في النصف الباقي للشيوع الطاري وعن ابي يوسف رح ان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء اسهل من الابتداء الا ترى ان صيرورة المرهون دينيا في ذمة غير المرتهن (يمنع)

قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل في الأرض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقه فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الأرض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الأرض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بموضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير ارضا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بموضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المناع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه حتى اذا اتلف المرهون انسان او بيع المرهون بثمن يكون القيمة او الثمن رهنا في ذمته من عليه وابتداء عقد الرهن مضاف الى دين في الذمة لا يجوز وجه رواية الاصل ان الكلام وقع في المحل وما يرجع الى المحل فلا ابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في النكاح فان قيل اذا زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب وان تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا لان المكاتب لا يملك بسبب من اسباب الملك فكذا بالوراثة وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لا يجوز بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بينا في كتاب الهبة وهو قوله وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن *

قوله لان الشجر اسم للنابت ولهذا سمي بعد القطع جذعا لا شجرا فكان استثناء (الشجر)

ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز
ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنًا بحصته والابطال كله
لان الرهن جعل كانه ما ورد الاعلى الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار
المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي
الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنًا تامًا اذا دفعها اليه لان الدابة
مشغولة به فصارت كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا
على دابة او لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنًا حتى ينزعه منها
ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر *

الشجر استثناء للمنبت فكان رهنًا لما سوى المنبت من الأرض وذلك جائز بخلاف رهن
الأرض دون البناء اذا البناء اسم للموضوع على وجه الأرض فكان ذلك رهنًا لجميع الأرض
وذلك مشغول بملك الراهن *

قوله ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنًا بحصته وهو فيما
اذا بقي الباقي شيئًا غير مشاع ولا بطل كله يعني فيما اذا بقي الباقي مشاعا ومعنى قوله
رهنًا بحصته اي مضمونا بحصته كما اذا هلك الباقي يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة
المستحق فما اصاب الباقي يهلك بحصته وما اصاب المستحق يبقى دينًا في ذمته وان كان
في قيمة الباقي وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداء وفيه
وفاء بالدين **قوله** ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة حتى لو اخرج الراهن
متاعه وكان هو مع المرتهن فيها فائلا سلمت اليك لا يكون تسليمًا حتى يخرج ويقول
سلمتها اليك **قوله** لانه شاغل لها فالحاصل انه لا يتم تسليم المشغول بالراهن او بملكه الا
بازالة الشواغل بخلاف ما اذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه كما اذا رهن الحمل
على دابة او المتاع في دار او وعاء دون الدابة والدار والوعاء حيث يتم التسليم قبل اسقاط الحمل
واخراج المتاع عن الوعاء والدار لان المرهون فيها شاغل لا مشغول بخلاف ما اذا رهن سرجا (على)

قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط النمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهي ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عندها كما مثل المغصوب وبذل الخلع والمهر وبذل الصلح عن دم العمد يصح الرهن به لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح *

على دابة او لحاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يتم الرهن حتى ينزعه منها ثم يسلمه لانه تبع للدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل في الرهن من غير ذكر *
قوله لان القبض في باب الرهن مضمون اي قبض يصير به المقبرض مضمونا على القابض بقدر الدين فلا بد من ضمان على الراهن حتى يصير المرهون مضمونا على المرتهن بقدر ذلك الضمان وليس في الامانات ضمان فان حق صاحب الامانة مقصور على العين **قوله** وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع بان اشترى عينا ثم ان المشتري اخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل لان المبيع ليس بمضمون الا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئا ولكن به يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن به فلو هلك يهاك بغير شيء لانه لا اعتبار للبطل فبقي قبضا باذنه وانما سماه مضمونا بغيره باعتبار سقوط الضمان ان لم يقبض ورده اذا قبض والا فهو ليس بمضمون لانه اذا هلك يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شيء كما اذا هلكت الوديعة فان قيل ينبغي ان يصح بعد قبض النمن لانه بعد قبض الثمن كالمغصوب في يد الغاصب من حيث انه لو هلك يجب على الغاصب في ماله شيء وهو القيمة والمبيع بعد قبض الثمن كذلك لانه لو هلك يجب على البائع شيء في ماله وهم رد الثمن قلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الضمان بعد اخذ الثمن ضمان الاخذ لا ضمان المبيع ولهذا لم يجب القيمة ولو كان ضمان المبيع يوجب القيمة كما في المقبوض على سوم الشراء * (قوله)

قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وازداف التملك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلا لتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عندة يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنك هذا التقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء

قوله والرهن بالدرك باطل وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها الى المشتري وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنه قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك اولم يحل فاذا هلك الرهن صnde كان امانة حل الدرك اولم يحل لانه لا عقد حيث وقع باطلا **قوله** ولا استثناء قبل الوجوب لان الواجب هو الذي يستوفى وضمان الدرك هو ضمان عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق ولا يصح مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا تحتمل الاضافة لان اضافة التملك الى زمان المستقبل لا يجوز اما الكفالة فمشروعة لا لتزام المطالبة لا لتزام اصل الدين ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن مالا عند رجل بما يذوب له عليه لا يجوز **قوله** يهلك بما سمي من المال بمقابلته اي اذا كان الموعود مساويا لقيمة الرهن او اقل منه اما اذا كان الدين الموعود اكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن لانه يقع الاستيفاء بهذا القدر تقدير **قوله** لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما اذا ظاهر ان الخلف لا يجري في الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذا ظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطى له حكمه (كا)

فيضمنه **قال** ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر ربح لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر *

قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق السلم ولو ناسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى بحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التماسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به

كالمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بتحقيقه في اجاب الضمان غير ان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سميا لا بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدأ فيقدر بالدين ضرورة وضمان المبيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجب مضمونا بالقيمة عند تعذر اجاب المسمى بضمان الغصب *

قوله فيضمنه اي الاقل من قيمة الرهن ومما سمي **قوله** لان حكمه الاستيفاء اي حكم كل واحد من ثمن الصرف ورأس المال والمسلم فيه **قوله** وهو المضمون اي المالية هي المضمونة في عقد الرهن لان العين امانة في يده فاذا كان مضمونا من حيث المالية والاموال كلها جنس واحد من حيث المالية فيتحقق المجانسة **قوله** ولو هلك الرهن بعد التماسخ يهلك بالطعام المسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل الطعام المسلم فيه لقبض رأس المال (و)

وَأَنَّ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ كَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَسَلَّمَ الْمُبِيعَ وَاخْذَ بِالْثَمَنِ رَهْنًا ثُمَّ تَقَايَلَا الْبَيْعُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ
لَا خِذَ الْمُبِيعَ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُهُ وَلَوْ هَلَكَ الْمَرْهُونُ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ مَا بَيْنَا وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا شَرَاءَ
فَاسِدًا وَادَى ثَمَنَهُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لَيْسَتْ وَفِي الثَّمَنِ ثُمَّ لَوْ هَلَكَ الْمُشْتَرَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي يَهْلِكُ بِقِيَمَتِهِ *
قَالَ وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْحُرِّ وَالْمَدْبُورِ وَالْمُكَاتَّبِ وَأَمَّا الْوَلَدُ لِأَنَّ حُكْمَ الرِّهْنِ ثَبُوتُ
يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ وَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا سِتْفَاءً مِنْهُ هُوَ لَا لِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ فِي الْحُرِّ وَقِيَامِ الْمَانَعِ فِي الْبَاقِينَ

وَأَمَّا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ حَقَّ حَبْسِ الرِّهْنِ بِحَقِّهِ الْوَاجِبُ بِسَبَبِ الْعَقْدِ الَّذِي
جَرَى بَيْنَهُمَا وَحَقُّهُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ عِنْدَ قِيَامِ الْعَقْدِ وَفِي رَأْسِ الْمَالِ عِنْدَ فُسْخِهِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ الرِّهْنَ
بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَنْ أَرْتَهَنَ بِالْمَغْصُوبِ فَهَلَكَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الرِّهْنَ بِقِيَمَتِهِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِالْغَضَبِ
اسْتِرْدَادُ الْغَضَبِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَالْقِيَمَةُ عِنْدَ هَلَاكِه فَذَا هَلَكَ الرِّهْنُ فِي يَدِ رَبِّ الْمَالِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَ
مِثْلَ الطَّعَامِ الَّذِي كَانَ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ لِأَنَّ بَقْبُضَ الرِّهْنِ صَارَتْ مَالِيَّتُهُ
مُضْمُونَةً بِالطَّعَامِ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ حُكْمُ الرِّهْنِ إِلَى أَنْ يَهْلِكَ الرِّهْنُ فَصَارَ يَهْلِكُ الرِّهْنُ
مُسْتَوْفِيًا طَعَامَهُ مِنْ حِينَ بَقْبُضِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَقْبُضُ الطَّعَامِ ثُمَّ تَفَاسَخَا وَهَذَا لِأَنَّ الْإِقَالََةَ فِي بَابِ
الْمُسْلِمِ لَا تَحْتَمِلُ الْفُسْخَ بَعْدَ ثَبُوتِهَا فَهَلَكَ الرِّهْنُ لَا يَبْطُلُ الْإِقَالََةُ وَأَمَّا يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ
لأنه مرهون بالطعام وإنما يظهر أثره في رأس المال في الحبس لأنه بدله وقائم مقامه فإذا
هلك يهلك بالأصل كذا في المبسوط *

قوله وَأَنَّ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ أَيَّ وَأَنَّ كَانَ الرِّهْنُ مَحْبُوسًا بِغَيْرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَهُوَ رَأْسُ الْمَالِ
قوله مَا بَيْنَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ رَهْنٌ بِهِ **قوله** وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا شَرَاءَ فَاسِدًا وَادَى ثَمَنَهُ
ثُمَّ أَرَادَ فُسْخَهُ لِلْفَسَادِ أَيَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الْعَبْدَ لَيْسَتْ وَفِي الثَّمَنِ لِأَنَّ الْعَبْدَ هُنَاكَ
بِمَنْزِلَةِ الرِّهْنِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَا سِتْفَاءَ الثَّمَنِ مِنَ الْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَقَدْ ذَكَرْتُ فِي فَصْلِ
أَحْكَامِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ الْمُبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ لِأَنَّ
الْمُبِيعَ مُقَابِلَ بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا كَالرِّهْنِ * (قوله)

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس ومادونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يتأبله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غضبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما المينة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمانه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او النخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهر او كذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكاره بغير ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصاد قاتن لادين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه

قوله ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص لمعنيين احدهما ان استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وانما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس ومادونه لانه لو رهن ببديل الصلح عن دم العمد يصح لان البديل مضمون بنفسه وهذا بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فصالحه على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع كذا في الايضاح في آخر ما يجوز به الارتهان **قوله** ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري اذا هلك لم يلزم المشتري ضمان ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع الرهن لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بما ليس بواجب اصلا الا ترى انهما لو تراجعا الامر الى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستاجر بتسليم الاجر كذا في الذخيرة **قوله** لانه رهنه بدين واجب ظاهر او هو كاف لانه آكد من الدين الموعود (قوله)

اشري

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان نيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمه الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمن للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا الوسيط المرتهن على بيعه لانه وكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة

قوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه الرواية المحفوظة عن ابي يوسف رح في مسئلة الصلح عن الانكار ان المرتهن لا يضمن اذا تصادف ان لاديين وام يحفظوا رواية في مسئلة من اشترى عبدا ورهن ثمنه ثم ظهر العبد حرا واخوته او كن وجدوا تلك المسائل كمسئلة الصلح على الانكار قالوا قياس قول ابي يوسف رح في هذه المسائل يقتضي ان لا يكون الرهن مضمونا وفي الايضاح بعد ما ذكر مسئلة من اشترى عبدا ورهن بثمانه واشترى خلا او شاة الى قوله فالرهن مضمون ثم قال ويجب على قول ابي يوسف رح ان لا يضمن لانه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة **قوله** ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير قيد بالصغير لان الابن لو كان كبيرا لا يجوز **قوله** والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وهو قولنا لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه **قوله** ويضمنه للصبي وفي الذخيرة والمعنى واذا صح الرهن بينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بمافيه ويضمن الاب والوصي للصغير فبذلة الرهن اذا كانت القيمة مثل الدين وان كانت القيمة اكثر من الدين يضمن مقدار الدين (و)

وكذا وكيل البائع بالبيع (إذا باع من غريمه) والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته
من حيث وجوب الضمان وإذا رهن الأب من نفسه أو من ابن له صغيرا وعبد له
 تاجر لادين عليه جازلان الأب لو فور شنتته انزل منزلة شخصين وقيمة عبارته
 مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طريق العقد
 ولا يضمن الزيادة لأن الأب والوصي فيما زاد مودع مال الصغير وفي الآلي إذا كانت
 قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدين والوصي يضمن بقدر القيمة لأن للأب
 أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي كذا ذكره الإمام التمر تاشي *

قوله وكذا وكيل البائع بالبيع يعني إذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان على هذا
 الخلاف يقع المقاصد عندهما خلافا لابي يوسف **قوله** والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبة
 الرهن من حيث أنه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي وفي البيع كذلك
 فإنه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله **قوله** وإذا رهن الأب من نفسه
 أي رهن الأب متاع الصغير من نفسه بدلين له على الصغير فكان الأب راهنا بطريق النيابة عن
 ابنه الصغير ومرتها أيضا بالنظر إلى أنه يأخذ متاع ابنه الصغير رهنا لنفسه بدلين له على الصغير
قوله أو من ابن له صغير أي رهن الأب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير إن يكون
 رجل ابنان صغيران فصار لأحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه فرهن الأب متاع ابنه
 الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين **قوله** أو عبده أي للأب عبد تاجر ولهذا
 العبد التاجر دين على الصغير يعني رهن الأب متاع ولده الصغير من عبده نفسه **قوله** لادين
 عليه أي على العبد وإنما قيد به لأن الشبهة أنما يرد فيما إذا لم يكن على العبد دين لأنه حينئذ
 يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه لأن كسب عبده الذي لادين عليه، ولكن هو غير مانع
 لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذلك هنا وأما إذا كان على العبد دين
 فلا شك في جواز الرهن حتى أن الوصي يشارك الأب في جواز الرهن في هذه الصورة
 وفي مبسوط شيخ الإسلام وإن رهنه من عبده تاجر فإنه جائز سواء كان على العبد (دين)

ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عيناله من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه المحاقلة بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبد التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبد الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا

دين اولم يكن واما اذا كان على العبد دين فانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى وانه اعم ولاية من الوصي فان لم يكن عليه دين فانه يجوز من الاب بخلاف الوصي اذا رهن من عبده ولا دين عليه وذلك لانا نجعل ما رهنه من عبده ولا دين عليه في الموضعين كرهته من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لا يجوز فكذا من عبده ثم انما جاز رهن الاب من نفسه ولم يجز رهن الوصي من نفسه لان بيعه مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وما يبيع الوصي من نفسه لا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا لا يجوز رهنه من نفسه لانه مضمون باقل من قيمته ومن الدين *

قوله ولو ارتهنه الوصي من نفسه بان كان له على الصبي دين **قوله** او من هذين اي ارتهن الوصي متاع الصغير لاجل ابنه الصغير الذي له دين على اليتيم وارتهن الوصي متاع اليتيم لاجل عبده التاجر الذي لا دين عليه اذا كان له دين على اليتيم او رهن الوصي عين نفسه من اليتيم لاجل دين على الوصي لليتيم لا يجوز ورهن الوصي من ابنه الصغير وعبد التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه فلا يصح كمالورهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعبد المديون لانه من كسبهم بمنزلة الاجنبي وهم احق بالكسب منه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فان لا يبيع من هؤلاء لانه في البيع متهم وفي حق الرهن لا يكون متهما لان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند اجنبي فلا تفاء التهمة نفذ تصرفه عنهم (قوله)

وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فـرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فـرتهن او رهن لان الاولى له التجارة تـمير مال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن ان يردّه حتى يقضى الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الابن رجع به في مال الاب لانه مضطرب فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبهه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا بدينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لا شتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجداد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن نم استعارة الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم

قوله وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه اي اشترى بدين كسوة لليتيم او طعاما **قوله** واذا رهن الاب متاعا صغيرا فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يردّه حتى يقضى الدين طلق رهن الاب متاعا صغيرا فادرك ولم يذكر انه رهن لدين الصغير اولد بين نفسه لان هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين ان يكون الدين دين الصغير او دين الاب وقوله ومات الاب قيد اتفقي وكذلك ذكر الاب ليس بقيد لان هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل اداء الدين اذا بلغ لا يختلف بين ان يكون الراهن ابا او صبا للصغير ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه واذا رهن الاب مالا لولده وهو صغير فادرك فاراد رد الرهن ايس له ذلك لان الوصي لو رهن مال الصغير امادينه او بدين الصغير ثم بلغ الصغير فاراد ان يرد ذلك لم يكن له ذلك فاذا فعله الاب وانه اهم ولاية اولى **قوله** لو فوعه لازما من جانبه اي من جانب الصغير **قوله** وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه يعني له ان يرجع في مال الاب *

(قوله)

لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعارة لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعارة لنفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقتضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداة الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولوانه غصبه واستعمله لحاجة لصغير حتى هلك في يده

قوله لان فعل الوصي كفعله بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغاً رهن متاعه بنفسه ثم استعارة من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عنده هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفياً دونه باعتبار بدا المديون الا ترى ان حكم الرهن لا يثبت يد الراهن في الابتداء اذا جعل عدلاً فيها وكذلك لا يبقى حكم يد الاستيعاء بعد ما رجع الرهن الى الراهن واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما يرجع به قبل الرهن ويرجع الوصي به على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعارة لحاجة اليتيم **قوله** وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وهذا هو الصواب وفي عامة النسخ قدر القيمة الى المرتهن وهذا سهو وقع من الكاتب وهذا ظاهراً لا خفاء فيه لا حدلان حق المرتهن في قدر الدين لا في قيمة الرهن * (قوله)

يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا
 الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي
 بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده
 يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس
 بمتعديل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ
 دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا *

قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا
 للرهن فان رهنهت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لاندلا معتبر
 بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون
 القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه فتكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق
 فضة وزنه عشرة عشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر
 هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي
 مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته
 اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من
 الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربو فصرنا الى التصدين بخلاف الجنس

قوله يضمنه لحق المرتهن وهو الاقل من قيمته ومن الدين ولا يضمنه لحق الصغير
 وهو قدر الزيادة على الدين **قوله** فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه اي يأخذ
 المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه **قوله** ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا اي
 لانه ليس بمتعديل هو عامل له **قوله** لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر
 بالمرتهن لانه يبطل حق المرتهن في الجودة فينصرف به ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى
 الربو لانه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبار القيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث (ا)

لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجود ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردى جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمن بتعذر النقص وقيل هذه فرعية ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلك ثم علم بالزيافة وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمداً رح فيها مع أبي حنيفة رح وفي هذا مع أبي يوسف رح والفرق لمحمداً رح أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عند التضمن

الوزن فيكون ربواً فصرنا إلى التضمن بخلاف الجنس لينتقض القبض أي قبض المرتهن في الهالك ويجعل الضمان مكانه ثم يملكه أي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيتملكه أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول *

قوله لينتقض القبض لا يقال بان القبض قد انتقض لفوات المحل وهو فعل حسي فلا يتصور بدون المحل لا نقول القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء ولم يوجد أحدهما فيكون القبض باقياً حكماً وإن فات المحل فيصار إلى التضمن بخلاف الجنس لئتم القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض **قوله** وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لأنه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب ولا مطالب هنا لأنه لو كان أما أن يكون هو الراهن أو المرتهن ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطلب للنقض بعد قضاء دينه بالردى لأن ذلك يضره ولا ينفعه ولا يجوز أن يكون هو المرتهن لأن المرتهن مطالب فلا يصح أن يكون مطالباً للدافع **قوله** وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه يعني لا يمكن أن يقال أيضاً أن المرتهن يضمن لأنه صار مستوفياً بالهلاك فصار المستوفى ملكاً له ومن المحال أن يضمن الإنسان ملك نفسه ولما تعذر التضمن تعذر النقص وقيل هذه فرعية (ما)

ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة
 وابي يوسف رح لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير
 قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخبرناه
 ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن
 والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا
 بحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما عذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك
 الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية
 وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اخلاق الرهن وهو حكم
 جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
 نماية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او ردا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما

ما اذا استوفى الزیوف مكان الجباد فهلكت ثم علم بالزيادة فانه يسقط دينه ولا شيء عليه في
 قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد رح
 اولا كقول ابي حنيفة رح وأخرا كقول ابي يوسف رح كذا ذكره عيسى بن ابان رحمه الله
 والأصح ان هذه المسئلة مبتدأة لان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة
 في المشهور ومع ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة *

قوله ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة
 وابي يوسف رح لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير
 قاضيا دينه بالجودة اي بالصياغة ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر اي بالرهن وهذا
 التعليل لا يطابق قوله لا يجبر على النكاح بظاهرة ووجه ان يقال لا يجبر على الفكاك لاننا لو قلنا
 بالجبر على الفكاك لا يخلوا ما ان يجبر على الفكاك ببعض الدين او بكنه لا وجه الى الاول
 لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى
 الثاني بما فيه من الضرر فخبرناه **قوله** وهذا لانه لما عذر الفكاك مجانا لانه لا وجه الى (ان)

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عندة بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رح يضمن قيمته وتكون رهنا عندة لان العبرة للوزن عندة لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمة وتكون خمسة اسداس الا طريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعندة تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها

ان يذهب شيء من الدين ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر بالراهن فنعذر الفكاك اصلا فصار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله وما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حال قيام الرهن يؤدي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرنا الى التضمن بالقيمة لانه لا يؤدي الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله *

قوله عندهما فظاهر لان عندهما حالة الانكسار حالة التضمن بالقيمة بكل حال فكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عندة بالقيمة فيما اذا كانت قيمة القلب اقل من وزنه **قوله** استحال ان يكون التابع امانة وهذا لان التبع لا يخالف الاصل فلو كان كل الوزن مضمونا يجعل كل الوصف مضمونا وان كان بعض الوزن مضمونا يجعل ما بازائه من زيادة القيمة مضمونا حتى لو كان الدين عشرة مثلا ووزن الرهن خمسة عشر (و)

وفي بيان قول محمد بن حنبل في موضع من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها

وقيمة ثمانية عشر فلوانكسر يضمن اثني عشر لان بازاء كل خمسة واحدة فيكون بازاء
العشرة اثنان وعند ابي يوسف رح الصناعة كعين مال قائم فانها معتبر عند المقابلة بخلاف جنسها
وفي تصرف المريض فانه لو باع مائة من الجيد بمائة من الردي الذي قيمته خمسون لا يعتبر
من جميع المال بل من الثلث ولولم يكن للجودة اعتبار لا اعتبر من الجميع كما في البيع الخالي
من المحاباة ولهذا قال يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الا بريق له بالضمان
وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائع لان الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع
المقارن لما روي عن ابي يوسف رح ان الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التمييز *
قوله وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول وهو ان عند محمد رحمه الله ان انتقص
بالانكسار درهم او درهمين يجبر الراهن على الفكك بقضاء الدين وان انتقص اكثر من ذلك
يخير الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء استرد بقضاء جميع الدين لان من اصله
ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصناعة باعتبار ان الجودة والصناعة تابعة للوزن
وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع وهذا
لان الصناعة مال من وجه كما قرره ابو يوسف رحمه الله انها مال تبع الاصل ولكن ليس له
حكم المالية والتقوم منفردا عن الاصل كما ان حكم الرهن فيما هو امانة ثابت من وجه
وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان فاذا كانت الامانة ههنا في الجودة
والصناعة قلنا اذا لم ينتقص بالانكسار اكثر من قدر الدرهمين فالغائت ما كان امانة فخير
الراهن على الفكك وان كان انتقص اكثر من ذلك فقد فات شيء من المضمون
وحالة الانكسار عند محمد رحمه الله معتبر بحالة الهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك
يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين وبخير الراهن
كما بينا كذا في المبسوط *

(قوله)

قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفلا معينا حاضرا في المجلس قبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجد الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بنواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود

قوله ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا ولو لم يكن معينا كان العقد فاسدا قياسا واستحسانا **قوله** حاضرا في المجلس قبل اي الكفيل الكفالة **قوله** ولانه شرط لا يقتضيه العقد لان ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط كتسليم المبيع على البائع او تسليم الثمن على المشتري **قوله** وفيه منفعة لاحدهما اي للبائع **قوله** وجد الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن واشراطها في معنى اشراط زيادة وصف الجودة في الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعنى اي معنى الشرط وهو الملائمة فيصح العقد **قوله** فبقي الاعتبار لعينه فيفسد اي لعين الشرط لانه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة لانه لما كان مجهولا يكون المشتري بسبيل من ان يرهن شيئا يساوي عشر حقه او يعطى كفلا غير مليء وائس فيه من التوثيق شيء فبقيت العبرة لعينه وانه ادخال صفقة في صفقة فيفسد به العقد **قوله** صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة اي الرهن ثبت في ضمن عقد لازم (وهو)

او يدفع قيمة الرهن وهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة *
قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن
 فالثوب رهن لانه اتى بما ينبى عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبارة
 في العقود للدعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك
 كفالة وقال زفر رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن
 ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه
 لما قبله بالدين فقد عين جهة الرهن فلذا لما مده الى الاعطاء علم ان مرادة الرهن والله اعلم *

وهو البيع فيصير الوفاء به مستحقا كما اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع الرهن عند حلول
 الدين فالوكالة لازمة ولا يملك الراهن عزله عنها ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
 الراهن ولا جبر على المتبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد الوعد بالرهن
 لا يكون فوق الرهن واورهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يعتبر لازما بالوعد اولى *
قوله او يدفع قيمة الرهن رهنا وفي بعض الفوائد المراد بالقيمة الدراهم والدنانير لان قيمة
 الشيء ما يقوم مقامه وكانها هو اما اذا اراد ان يرهن مكانه عينا آخر فحينئذ يحتاج الى رضا
 المرتهن **قوله** ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن
 فالثوب رهن ذكر في بعض الحواشي اي ثوبا آخر غير المبيع وذكر الامام التمر تاشي
 في الجامع الصغير اشترى ثوبا وقبضه ثم اعطى البائع وقال له امسك بثمانك او قل امسكه
 رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن في القولين فعلم بهذا انه لا تفاوت بين ان يشير بقوله الى
 ثوب آخر او ثوب اشتراه وقبضه لان الثوب اما اشتراه وقبضه كان هو وسائر الاعيان
 للملوكة سواء في صحة الرهن **قوله** والحوالة في ضد ذلك اي الحوالة بشرطه طالبة الاصيل
 كفالة **قوله** لما مده الى الاعطاء اي مدامساك الثوب الى وقت اعطاء الثمن علم ان
 مرادة الرهن لانه حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت النكاح فاذا صرح (بهذا)

فصل

ومن رهن عديدين بالف فقضي حصة احدهما لم يكن انه ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتها وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا أدى ما سمي له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احدا العقد لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز *

بهذا علم ان مرادة الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكانه قيل رهنك بالثمن الا ترى انه لو قال ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا قوله بعتك بالعشرة سواء والله اعلم *

فصل

قوله مبالغة في حمله على قضاء الدين لان قصدا لمرتهن اصبحا الراهن ليتسارع الى قضاء الدين فلو تغرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج اليه يتكاسل في قضاء الباقي فلا يحصل المقصود ولهذا اذا نقد المشتري بعض الثمن واراد ان يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك فكذا هنا والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه ليكون حاملا له على قضائهما **قوله** فان سمي لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به بان قال رهنك هذين العديدين وكل واحد منهما بخمسائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسائة وقال ادبت عن هذا العبد واراد ان يأخذ ذاك العبد فكذا الجواب في رواية الاصل اي لم يكن له ذلك وفي رواية الربادات وقيل هو الاصح له ذلك **قوله** وجه الاول اي وجه رواية الاصل ان العقد متحد لا اتحادا لموجب والقابل (وعند)

قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه وموجبه صيرورته محتسبا بالدين وهذا ما لا يقبل الوصف بالتجزئي فصار محبوسا بكل واحد منهما

وعند اتحادهما لا يتفرق العقد بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني اي وجه رواية الزيادات وهو الاصح ان البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقلين والرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري البيع في احد هادون الآخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد في احد هادون بتفرق التسمية صح وانما افترا لان ضم الردي الى الجيد متعارف في البيع فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح وكان للمشتري ان يقبل في احد هادون الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت في ذلك اذ هو مضمون بما قابله من الدين سواء كان وحدة او مع غيره ولان في البيع اذا جدد بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط العاسد لانه تبرع كالهبة ولان البيع عقد تمليك والهلاك قبل التسليم مبطل للبيع فبعد ما نقدا للمشتري بعض الثمن او تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع به بخلاف الرهن فان بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بافتكاك الرهن ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدي ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن في حالة الاجمال حصة كل واحد من العبدین من الدين غير معلوم يتيقن فاما عند التفصيل ما رهن به كل عبد معاوم بالتسمية فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين *

قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما جاز سواء كانا شريكين فيه او لا وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوخ في المحل باعتبار تعدد المستحق وموجبه صيرورته محتسبا بالدين وهذا ما لا يقبل الوصف بالتجزئي (فصار)

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ولا ما يجوز ٠٠٠ فصل)

وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله *

قال فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذا استيفاء

مما يتجزى **قال** فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادعى احد المشتريين حصته

قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير

شروع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت بينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد

منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا كله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء ب كله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما

بالنصف لانه يؤدي الى الشروع فتعذر العمل بهما وتعين التهاثر ولا يقال انه يكون رهنا لهما ^{الالتفات}

محبوسا بدين كل واحد منهما وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما *

قوله وهذا بخلاف الهبة من رجلين لان موجب الهبة ثبوت الملك والشيء الواحد يستحيل ان يكون كله مملوكا لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد فدخل فيه الشروع ضرورة

فاما حكم الرهن هو الحبس والعين الواحدة يجوز ان يكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق في استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما الا ترى

ان الرهن الواحد لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون محبوسا كله ب كله وبكل جزء منه فكذا هنا يكون العين محبوسة بحقهما وبحق كل واحد منهما فلا يدخل فيه الشروع **قوله** وعلى هذا

حبس المبيع اذا اشترى رجلان من رجل فادى احدهما حصته لم يكن له ان يقبض شيئا فكان للبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الآخر **قوله** وان اقام الرجلان كل واحد (منهما)

كانهما رتهناه معاذ جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان
لأننا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلا منهما اثبت بينته حسبما يكون
وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطرة في الاستيفاء
وليس هذا عملاً على وفق الحجة وما ذكرناه وأن كان قياسا لکن محمدا رحمه الله
اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له *

قال وأومات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد
كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وفي القياس
هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحم لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون
القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشروع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان
ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشروع يضره
وبعد الملمات الاستيفاء بالبيع في الدين والشروع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان
نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاوت في حالة الحيوة
ويقضى بالميراث بينهم بعد الملمات لانه يقبل الانقسام والله اعلم بالصواب *

منهما البينة على رجل انه رهنه عبدة الذي في يده وقبضه صورة المسئلة رجل في يده عبد
فادعاه رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد قدرهنتي بالف درهم وقبضته منك ثم اخذت
مني بطريق العارية او الغصب واقاموا البينة على ما ادعيا فهو باطل *

قوله كانهما رتهناه معاذ جهل التاريخ بينهما اصله الغرقي والحرفي والهدمي **قوله** وما ذكرناه
وأن كان قياسا لکن محمدا رحم اخذ به لقوته ووجه الاستحسان ضعيف لان ذلك عمل على خلاف
ما قامت به البينة لان كل واحد منهما اثبت لنفسه حسبما هو طريق الى مثله من الاستيفاء ولو جعلناه
كالرهن من اثنين ففرضنا الكل واحد بحبس هو طريق الى شطرة من الاستيفاء والحكم بخلاف
الحجة باطل **قوله** فيكون القناء به اي القضاء بالحبس للاستيفاء قضاء بعقد الرهن وانه (باطل)

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز قال مالك رح لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فأنعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذا عين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يضمنان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصدناه من الرهن وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع *

باطل للشروع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان أن المقصود بعدم موت الراهن إثبات الاختصاص وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف فاما في حالة الحيوة فالمقصود هو الحبس وإنما لا يحتمل الشركة في العين إذا شائع لا يدوم حبسه وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد منهما البينة يقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج بخلاف حال الحيوة وكذا لو ادعت اختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما بالمهر ونصف ميراث النساء بخلاف حالة الحيوة لأن الميراث هو المقصود بعد الموت وهو ما يتحمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحيوة لأن المقصود ثم الحل وهو لا يقبل الاشتراك والله أعلم *

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قوله وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه أي على الراهن دون المرتهن عند الاستحقاق بأن هلك الرهن في يد العدل ثم استحقه رجل فأنعدم القبض وقوله في هذا الباب فأنعدم القبض مشعر باشتراط القبض عند مالك رح وقد ذكر في أول كتاب الرهن وقال مالك رح يلزم بنفس العقد وهو نص على عدم اشتراطه فكان له قولين في اشتراطه وذكر في المبسوط (وشرح)

قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذ منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر ولو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولودفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده

وشرح الاقطع ابن ابي ليلى مكان مالك رح ههنا وفي المبسوط قال ابن ابي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك الرهن في يد العدل لم يسقط الدين وان مات الراهن فالمرتهن اسوة للغرماء فيه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن على الصورة امانة وعلى المعنى مضمون فكانت يده على الصورة يد المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما ويجوز ان تجعل اليد الواحدة في حكم اليدين كما قالوا فيمن عجل زكاة ماله الى الساعي كان يد الساعي يد صاحب المال من وجه حتى لو انتقص النصاب قبل حولان الحول او هلك النصاب كان لصاحب المال استرداد ما دفعه الى الساعي اذا كان ما دفعه اليه قائما في يده ويد الفقير من وجه حتى لو هلك الزكاة في يد الساعي وبقي النصاب الى آخر الحول يقع المودع زكاة كما لو دفعه الى الفقير فكذلك يد العدل ههنا فان كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدل على ان يده يد الراهن لا غير كالمرتهن اذا هلك الرهن في يده ثم استحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على الراهن بما ضمن وبدينه على ما يحى في آخر هذا الباب ثم انما لا يرجع العدل على المرتهن بضمان الاستحقاق مع ان العدل نائب عن المرتهن في القبض للحبس له لان المستحق انما يضمن العدل بضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل ولم يوجد من المرتهن نقل ولا تحويل لاحقية ولا حكما بل وجد نقل العين من العدل والعدل في حق (العين)

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب الرهن الذي يوضع على يد العدل)

لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاهما رهنا عنده او عند غيره وان تعذرا اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لو وصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده يأخذها اذا دى الدين فكذلك يأخذها ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل **قال** واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما بيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة

العين نائب عن الراهن وفي حق المالية نائب عن المرتهن فكانت العبرة لنقل العين لان العين هو الاصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن * **قوله** لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده اي لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة وجبت دينا في ذمته ولو جعلها رهنا في يده صار الواحد قاضيا ومقتضيا ما عليه وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاهما رهنا عنده او عند غيره وان تعذرا اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك اي جعلت القيمة في يد العدل **قوله** فالقيمة سالمة له اي العدل **قوله** وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن اي وان كان العدل يضمن القيمة بسبب الدفع الى المرتهن كان للراهن ان يأخذ القيمة منه فهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او ودع ملك نفسه فان هلك في يده لا يضمن وان استهلك يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان كان قال هذا رهنتك خذ بهتك واحبسك لدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلك الرهن او هلك لانه دفع اليه على وجه الضمان **قوله** ولا جمع فيه بين البدل والمبدل بهذا اللفظ تحرر عن المسئلة الاولى وهي (٥)

لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفها من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاء عن البيع نسيئة لم يعمل نهية لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرناه وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم *

قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة

مالو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن الى الراهن وهناك لو قضى الراهن دينه الى المرتهن ثم اراد اخذ القيمة من العدل كان جامع بين البذل والمبدل لانه وصل اليه عين حقه وهو الرهن اولان لم لو اخذ منه قيمته كان جامع بين البذل والمبدل فلذلك لا يأخذ القيمة هناك واما هنا فلا جمع بينهما *

قوله لانه توكيل ببيع ماله وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل بصير جانب الاستيفاء وثق فكان بالجواز احق نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاستقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف في هذه العين لحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه **قوله** الا ترى انه لزيادة الوثيقة اي التوكيل لزيادة الوثيقة والرهن وثيقة فيكون التوكيل وصفها من اوصاف الرهن فيلزم بلزوم الرهن **قوله** كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي

اي اذا وكل المدعي عليه بالخصومة بطلب المدعي لا يملك عزله بغير محضر من الخصم لانه تعلق به حق المدعي **قوله** لانه لازم باصله وهو التوكيل بالبيع فكذا بوصفه وهو الاطلاق **قوله** لان العقد اي عقد الرهن **قوله** فيبقى بحقوقه واوصافه الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والاوصاف اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الراهن وحق صرف الدراهم بالدنانير * (قوله)

ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري في ماله بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه و ما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع *

قال فان حل الاجل و ابي الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه

قوله ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه وفي الذخيرة و اذا مات العدل في الرهن وقد كان وكيل بالبيع فوصى الى رجل يبيعه لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شيء فيجوز حينئذ لو صيحه ان يبيعه ولا يجوز لو صيحه ان يوصي الى ثالث به **قوله** اجبر على بيعه وكيفية الاجبار ان يحبس القاصي اياما لبيع فان لم يبع بعد الحبس اياما فالتقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل ابي حنيفة رح فكذلك عند البعض لانه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عند قضاء الدين ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كالاختيار **قوله** لما ذكرنا من الوجهين في لزومه احدهما انه لما شرط في عقد الرهن صار وصفا من اوصافه والثاني انه تعاق به حق المرتهن وفي الغزل اتواء حقه لا يقال بانه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الاول فانه لا يلزم من كون الوكالة وصفا من اوصاف الرهن وكونها لازمة ان يكون الجبر مستحقا عليه لانه لا تأثير له فيه لانا نقول انما ثبت وصف الزوم في الوكالة حقا للمرتهن فلو لم يجبر على البيع لم تتحقق فائدة الزوم *

(قوله)

وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبار الوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والتمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا اتوى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في التمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية ^{الموكل} ^{الرهن}

قوله وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة اي بطلب المدعي **قوله** بخلاف الوكيل بالبيع اي الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه العدل يفارق الوكيل المفرد في اربعة اوجه احدها انه يبيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد والثاني انه يجبر على البيع متى ابى بخلاف الوكيل المفرد والثالث انه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع انه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل وزاد على هذا الامام التمرناشي مسائل منها ان العدل يبيع الارش وما يؤخذ بالاتلاف والمفرد لا يبيع ومنها ان العدل اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين والمفرد اذا باع باي ثمن كان لا يجوز ان يصرفه ومنها عبد هورهن اذا قتله عبد دفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد **قوله** قيل لا يجبر اعتبار الوجه الاول ذكر في المبسوط هو ظاهر الرواية لان الوكالة انما يلزم بسراية اللزوم من الرهن اليها فاذا ثبت قصد اعطى له حكم نفسه وهي في نفسها اعانة والمعين لا يجبر على الاعانة وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهو تعلق حق المرتهن وهذا اصح وعند ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد اي في المشروط في عقد الرهن (و)

(كتاب الرهن ٠٠٠ بَاب الرهن الذي يوضع على يد العدل)

وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما و د ما *

قال وان باع العدل الرهن فاوفي المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعدد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه

وفي المستأنف بعد عقد الرهن يعني يجبر فيها ما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير والاصل فرواية الجامع الصغير رجل وضع الرهن في يده وامر ببيعه اذا حل الاجل والى ان يبيعه والراهن غائب يجبر على بيعه ولم يقل امر ببيعه في ضمن عقد الرهن ورواية الاصل فان سلب العدل على بيع الرهن فابى ان يبيعه ورفع المرتهن الى القاضي اجبره على بيعه *

قوله وان كان بدل الدم جواب اشكال مقدرو هو ان يقال بان قيمة العبد ضمان الدم بدليل انه ينقص منه عن دية الحر فاذا كان ضمان الدم و الدم ليس بمملوك له ولا يصح رهنه فكذلك بدله واستحقاق المالك اياه لا يدل على انه ضمان المال كالدية فالجواب انه وان كان بدل الدم فان المالك يستحقه باعتبار انه ضمان ماليته فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى بخلاف الدية لان الضمان فيد لا يستحق باعتبار المالية اذ ليس فيه ثبوت المالية وهنا المالية متحققة وهي حق المالك قبالقتل يتلف حقه فاخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال وان كان بدل الدم **قوله** وليس له ان يضمنه غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن **قوله** نفذ البيع وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه *

(قوله)

وان ضمن البائع تنفيذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه وان ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حساب ان ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنه فيجب انتقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة

قوله وان ضمن البائع اي العدل **قوله** فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل لم يكن راضيا اي لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن **قوله** وان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان مكان هذه المسئلة وتعليقها قوله ولو ام سلم العدل الثمن الى المرتهن لم يرجع عليه (لانه)

لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع
 لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رح وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع
قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء
 ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات
 بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الابقاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة
 وبدينه اما بالقيمة فلاه مغرور ومن جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان
 فان قبل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه
 قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن
 ابي خازم القاضي رح والجواب انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال
 من المرتهن اليه كانه وكيل منه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول
 لان المستحق يضمه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن
 ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهي والله اعلم بالصواب *

لانه في البيع حامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض وادالم يقبض بقي الضمان على الموكل
 وكذا ذكرنا ايضا في الكافي للعلامة النسفي رحمه الله ثم قال ذكر في الهداية ولو ان المشتري
 سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع حامل للراهن وانما يرجع عليه
 اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل والمراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لان
 البيع وقع لاجله وبالضمان الثمن او بالموكل الراهن وبالضمان الدين *

قوله لا يرجع به على المتقضي اي على القابض **قوله** فيكون البيع لحقه واذا وقع البيع لحقه وقد سلم
 له ذلك جاز ان يلزمه الضمان **قوله** وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل
 الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد **قوله** اما بالقيمة فلاه مغرور ومن جهة الراهن والمغرور يرجع على
 الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المودع والمودع على المودع **قوله** هذا طعن
 ابي خازم هو بالخاء المعجمة وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد كذا في المغرب قال (١)

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنایته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاة الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحال واذا نفذ البيع باجازه المرتهن

ابوخازم هذا غلط لانه لما رجع بضمان القينة على الراهن استقر الضمان عليه والملك في المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار كما لو ضمن المستحق الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالاعتماد على الراهن بسبب الغرور والغرور انما يحصل بالتسليم الى المرتهن فانما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون رهنه ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعدة او بالانتقال من المرتهن اليه كما في الوكيل بالشراء كانه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فيملكه الراهن بعدة من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن والله اعلم *

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنایته على غيره

قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف وعن ابي يوسف رحمه الله انه نافذ كالاتفاق لانه تصرف في خالص ماله *

(قوله)

ينتقل حقه الى بدائه هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبذل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون
 اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البذل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وان
 لم تجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افترق الرهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه
 لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالملك له ان يجيزوله ان يفسخ وفي اصح الروايتين
 لا يفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل
 باعقاده هذا العقد بقى وقوفان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف
 الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي والقاضي ان يفسخ لغوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ
 الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا
 هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضا
 على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز
 الثاني ولو باع الراهن ثم اجرا ووهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع
 الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدائه فيصم تعيينه لتعلق
 فائده به اما لاحق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل
 المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع

قوله ينتقل حقه الى بدائه هو الصحيح وعن ابي يوسف رح ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة
 ان النمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا لانه اذا اجاز بهذا الشرط ما رضى يبطلان حقه من العين
 لا وان يكون متعلقا بالبذل فاما اذا لم يشترط فقد سقط حقه من المرهون والثمن ليس بمرهون
 فلا يتعلق حقه به **قوله** انفسخ في رواية وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح **قوله** لان الحق
 الثابت للمرتهن بمنزلة الملك لانه حق قوي الا ترى ان الراهن حجر عن التصرف فيه
 ويضمن القيمة او المثل كالاجنبي ويضمن العقرو وطي الجارية المرهونة وهي بكر وهذه امارات
 الملكية **قوله** وولاية الفسخ الى القاضي لا الى اي المرتهن **قوله** واجاز المرتهن هذه العقود (١)

فنفذ البيع الاول فوضح الفرق **قال** ولو اعتق الراهن عبدا الرهن نفذت عليه وفي بعض احوال الشافعي
رح لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان
موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتصميم وبخلاف اعتاق المستأجر
لان الاحارة تبقى دته اذ الحرق قبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه
فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق والمغصوب

اي الاجارة او الرهن او الهبة دون البيع نفذ البيع السابق والاصل ان تصرف الراهن
في الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازه المرتهن واذا اجاز المرتهن تصرفه
ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازه المرتهن التصرف الذي لحقه الاجارة
وان كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن وانعاز يكون من جهة
الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن اجاز اللاحق واذا ثبت
هذا فنقول ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتحول حقه الى الثمن وان الثمن يصير
رهنه عدة ويكون المرتهن اخص بثلثه من الغرماء اذا مات الراهن فيصح تعيينه لتعلق الفائدة به
ولا حق للمرتهن في هذه العقود اذ لا يدل في الهبة والرهن والبدل في الاجارة في مقابلة
المنفعة وحقه في مال يد العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ
فينفذ البيع السابق كما لو باع المورج من اثنين فاجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الاول لانه
لاحق له في الثمن فكانت الاجازة اسقاطا *

قوله فنفذ البيع الاول سماه اولاً وان لم يكن يبعان بالنسبة الى هذه العقود لان هذه العقود
متأخرة عن البيع ويجوز ان يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود واجاز المرتهن
هذه العقود نفذ البيع الاول دون الثاني وهذه العقود لرحمان الاول بالسبق **قوله** وفي بعض
اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ ذكر اقواله بلفظ الجمع لان له اقوالا ثلاثة ههنا واحدا قوله
كقولنا وفي المبسوط فعق الراهن نافذ عندنا موسرا كان او معسرا وهو احول (الشافعي)

ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبى عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلم يمنع الا على لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم

الشافعي رح وفي قول آخر ان كان موسرا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتهن وان كان معسرا لا ينفذ لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالباع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق واذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه اولى بخلاف ما اذا كان المعتق موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لان حق المرتهن امكن استدراكه بايجاب الضمان عليه وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها لان المنافع عنده ملحقة بالا عيان في حق قبول العقد والضمان والمولى بالاجارة باع منافع العبد مدة معلومة ثم اعتقه فيبقى الاجارة كما اذا باع نصف العبد ثم اعتق الباقي اما الحر فلا يقبل الرهن (فلا يبقى بعد العتق) فافتراقنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك *

قوله ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وهو سبب الملك كالشراء والارث ونحوها فكان الملك نابيا للرهن رقبة ويذاوز والملك يد الضرورة عارض الرهن والضرورة تندفع بازالة ملك اليد فيكون ملك الرقبة باقيا كما كان وملك الرقبة كاف لصحة الاعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره وقوله تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فلنا الثابت للرهن حقيقة الملك والنابت للمرتهن حق فتضيئة الحقيقة تستدعي النفاذ وتضيئة الحق تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق لانها اقوى على انه انما يبطل حقه ضرورة بطلان ملك الرقبة لان يبطل اصلا بالاعتاق فصار كاعتاق العبد المشترك بل اولى (لان)

وأعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رح
 وإذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين
 حالا طوب بآداء الدين لأنه لو طوب بآداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه
 وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين
 لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان
 من جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين
^{في مصلح الدين}

لأن ملك الرقبة أقوى من حق المرتهن لأن له ملك اليد والرقبة ولهذا ملك اليد فقط فإذا
 لم يمنع الأقوى الاعتاق فلان لا يمنع الأدنى أولى ولهذا إذا اعتق عبدا آجره يصح
 ويبطل الإجارة ضمنا له ونص عليه صاحب الأسرار في طريقه وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة
 على التسليم لأن يده ممانعة من التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم
 وهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق *

قوله واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو هذا جواب عما تمسك به في بعض المواضع
 وادعى أنه يلغو اعتاقه لحق الموصى له مع أنه ملكه لأن ذلك يتصور فيما إذا لم يخرج من
 الثلث قلنا ليس كذلك لأنه يعتق عندهما في الحال وعندة يخرج إلى الحرية بالسعاية وذكر
 في المبسوط مكان هذا اعتاق المريض فقال اعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماء
 ولكنه يخرج إلى الحرية بالسعاية لا محالة فهذا أيضا ينبغي أن لا يلغو إلا أن هناك هو
 بمنزلة المكاتب مادام يسعى وهناك يكون حرا وإن لزمه السعاية عند عسار الراهن لأن
 العتق في المرض وصية والوصية تتأخر عن الدين إلا أن العتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية
 في قيمته لرد الوصية **قوله** وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وفي الذخيرة
 وإن كان الراهن المعتق معسرا فالمرتهن أن يستسعى العبد وينظر في ذلك إلى قيمة العبد
 يوم العتق وإلى قيمته يوم الرهن وإلى الدين ليستسعى في أقلها * (قوله)

(كتاب الرهن ١٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره)

الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتقد يرجع الى من ينتفع بعنقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطرب به بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمّل عنه بخلاف المستسعي في الاعتاق لانه يؤدي ضمافا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعي المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهر القصاص رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفى من عبته وكذلك يبطال حقه في الحبس بالاعارة من المشتري

قوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه اي اذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن لا يقضى به الدين بل يطالبها حاليا لكسب الدين ان يوفيه الدين **قوله** لان الخراج بالضمان في المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه ثم يسمى ما يأخذ السلطان خراجا فيقال ادى خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية وعبد مخارج قد خارج سيدة اذا اتعقا على ضربية يرد لها عليه عند انقضاء كل شهر **قوله** اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى في هذا الباب في مسألة استيلاء الامة المرهونة وهو قوله بخلاف المعتقد حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة **قوله** انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله عند ابي حنيفة رح اعتاق البعض لا يكون اعتاق الكل فيكون السعاية لتحصيل الباقي والعبد (بما)

والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالا عارة من الرهن حتى يمكنه الاسترداد ولو
 اوجبت السعاية فيهما السوينابين الحقيين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له
 رهنك عند فلان وكذبه العبد ثم امتقه تجب السعاية عندنا خلافا لفررح هو يعتبره
 باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه
 فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية *

قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عندنا لان التدبير
 لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق لانه يصح
 بادنى الحقيين وهو مال الاب في جارية الابن فيصح بالا على واذا صحا خرجا من الرهن
 لبطلان المحلية اذ لا يصح استيعاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما

بما يسعى يملك عوض ما ادى فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بازاء مال واحد
 وعندهما اعتاق البعض اعتاق الكل فيكون السعاية لتكديله وهذا لان الكل وان عتق على
 المعتق وصار ملكا له الا ان البات ملك لا قرار له فيصير ثابتا في حق نفاذ العتق واما فيما
 عدا ذلك يعتبر الملك ثابتا للساكت ومنتقلا الى العبد *

قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا بان هلك الرهن في يده يكون المرتهن مالكا له من حيث
 المالية واما حق البائع فقط لا يصير ملكا من جهة المشتري بحال **قوله** اقر بتعلق حقه في حال
 يملك التعليق فيه وهذا لانه لما ملك انشاء الرهن قبل العتق يكون مالكا لتعلق عتقه براء
 السعاية فيصح اقراره بما يملك انشاءه اذ الولاية باعتبار الملك قائم فلم يعتبر تكذيب العبد
قوله واذا صحا بي التدبير والاستيلاء خرجا من الرهن ابطلان المحلية وهذا عندنا
 واما عند الشافعي رحمه الله فلم يدبر لا يخرج لانه قابل لما هو حكم الرهن عندنا وام الراد
 يخرج لانها لا يقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها بالاتفاق والفرق له بين الاستيلاء والاعتاق
 ان الامومة انما تثبت بالنسب وانه لا يتوقف عندنا على الدعوة بان يثبت بنفس (١)

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنایته على غيره)

على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسر الاستسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة ولا يزداد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يوديان على المولى بعد يسارة لانها ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيده قنا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلافه اذا كان حالالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قصي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى *

قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم وضمن عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تصديقه فبدأ خذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد مقام مقامه الوطى وانه ليس بمنوع عنه فان الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون ولا يصح الحجر من الوطى لحق المرتهن لانه عسى ان لا تعلق فصم الاستيلاء فلا يتوقف على اذن المرتهن بخلاف الاعتاق فانه يوجب بطلان حق المرتهن لاصحالة فيمنع منه بدون اذنه *

قوله على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق اي اذا كان الدين حالا طوبى باداء الدين وان كان مؤجلا اخذت القيمة وجعلت رهنا مكانها حتى يحل الدين فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه وراد افضل **قوله** بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة هذا والذي وعد به بقواه اما اذا كان الدين اقل نذكره وقيل الدين اذا كان مؤجلا لم يسع المدبر الا في مقداره فيمنته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن اليه يد المرتهن فيقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستسعى في كله **قوله** وكذلك لو استهلك الراهن الجواب فيه كالجواب فيما اذا اعتق الراهن الرهن الا في السعاية لاستحالة وجوب السعاية على المستهلك * (قوله)

والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفاعر خمس مائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمس مائة الزيادة كأنها هلكت بأفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم العاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرد على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ من حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمس مائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفاعر بالاستهلاك خمس مائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالانلاف وهو قيمته يوم اتلف *

قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم ملك اي استهلك قيد بقوله هذا المستهلك احتراز عن استهلاك المرتهن فان عليه قيمته يوم قبض على ما يجيء ولذلك في الهلاك يعتبر قيمته يوم قبض لا يوم ملك **قوله** كأنها هلكت بأفة ولا يقال بان الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر وانتقصت قيمته فانه لا يسقط من الدين شيء قلنا لان ثم العين باق كما كان وانما حصل التغير بسبب التراجع والعين بحال يمكن ان يصير ماليتها بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير وهذا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك ولم يبق على حال يعود ما اية كما كان فاعتبر التغير **قوله** وهو على صفة القيمة اي في الجنس والجودة **قوله** وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر جواب اشكال وهو ان يقال لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر تأثير في اسقاط شيء من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر *

(قوله)

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره)

قال وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون والمرتهن أن يسترجعه إلى يده لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال الأتري أنه لو هلك الراهن قبل أن يرد على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الأتري أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وأن لم يكن مضموناً بالهلاك وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذت عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو أعاره أحدهما اجنبياً باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلناه ولكل واحد منهما أن يرد رهنهما كما كان لأن لكل واحد حقاً محترماً فيه

قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لأن الضمان لو كان باقياً إنما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن وبقاء يد المرتهن إنما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن وهذا غير ممكن لأن قبض المرتهن قبض مضمون وقبض الراهن غير مضمون وبين كونه مضموناً وغير مضمون منافاة فلا ينوب غير المضمون عن المضمون ولا يقال بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة في حقه ويد ضمان في حق المرتهن كما في فصل العدل فإن يد العدل يد أمانة في حق نفسه في المالية ويد ضمان في حق المرتهن فكذا هذا لأننا نقول لا يمكن ههنا بقاء ضمان الرهن باعتبار القبض لأن القبض قد انتقض وإنما يجعل بائناً حكماً باعتبار اليد حكماً إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن وذلك غير ممكن لمنافاة بين أيديهم لأن يد المرتهن يد الحبس عن المالك ويد العارية يد الاستعمال للمالك وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت يد الاستعمال للملك تناف ولا يتحقق هذه المنافاة فصل في العدل لأن يد العدل يد حبس عن المالك كما أن يد المرتهن يد حبس عن المالك فلذلك افترنا **قوله** سقط حكم الضمان لما قلنا أي من المنافاة بين يد العارية ويد الرهن *

(قوله)

وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشر احد هما باذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولومات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهاك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن وانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما يئنه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فمارهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع

قوله وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من الاجنبي قيد بقوله من الاجنبي لانه لو اعار المرتهن الرهن من الراهن او آجره منه او اودعه عنده كان للمرتهن ان يسترده والاجارة باطلة كذا في فتاوى قاضي خان وغيره **قوله** لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن لان يد العارية غير مضمونة وقبض الرهن مضمون فاذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان **قوله** لما يئنه اي من مخالفة يد الرهن يد العارية **قوله** وهو قضاء الدين فانه لو استأذن ان يقضي ديناً عليه بماله كان صحيحاً وكذا اذا تبرع انسان بقضاء دين غيره فاذا جاز ان يثبت له ملك اليد والعين بائناً غير المديون من ماله بطريق التبرع يجوز ان يثبت له ملك اليد بالرهن ايضا **قوله** ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن اي بجوز ان يثبت له ملك اليد دون ملك العين كما ينفصل زوالا في حق البائع اي كما يجوز ان يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين بان باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري فزال يده لا ملكه * (قوله)

(كتاب الرهن ٠٠٠ باب التصرف في الرهن، الجناية عليه وجنائه على غيره)

والإطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الإعارة لان الجهالة فيها لا تقضي الى المنازعة
ولو عين قدر الاجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا ما قل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي
الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير
مستوفيا للاكثر مما بلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن
وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص
في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعبر ضمن المستعير ويتم
عقد الرهن بمساينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه
في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين
او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتسام الاستيفاء بالهلاك

قوله والإطلاق واجب الاعتبار يعني اذا اطلق الإعارة في الرهن ولم يسم ما يرهنه به بعشرة
او تسعة او دراهم او دينار او يرهنه من زبد او عمرو كان للمستعير ان يعمل بموجب الإطلاق
قوله خصوصا في الإعارة لان منها ما على المسامحة فلا يجري فيها المضايقة والجهالة فيها
لا يقضي الى المنازعة فان من استعار دابة له ان يركب بنفسه وان يركب غيره وان يحمل عليه
ما شاء **قوله** وهو ينفي الزيادة اي تعيين المعبر بان يرهن المستعير قدر من المال ينفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه عليه وعلى المستعير وينفي النقصان ايضا لانه ربما يرضى المعبر
بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المستعير بذلك فاذا رهنه باقل
فعند الهلاك انما يرجع المعبر على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه **قوله** لتيسر البعض
بالاضافة الى البعض يرجع الى التقييد بالجنس اي قد تيسر على المعبر وعلى المستعير اداء جنس
دون جنس وتفاوت الاشخاص في الامانة يرجع الى التقييد بالمرتهن وقوله والحفظ الى التقييد
بالبلد **قوله** وقد بيناه في الاستحقاق اي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب * (قوله)

ووجب مثله لرب النوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لا ، برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب النوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب النوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث بخلص ملكه وان هذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخلص ملكه ولا في تعريض ذمته فكان الطالب ان لا يقبله ولو هلك النوب العارضة عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه

قوله ووجب مثله لرب النوب على الراهن اي مثل ما سقط عن الراهن بهلاك النوب **قوله** على ما بيناه وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وقوله لما بينا راجع الى هذا ايضا **قوله** ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن اي اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن ولغظ محمد ر ح في هذه المسئلة حين اعتبر الراهن ذكر شمس الائمة السرخسي والامام البزدوي لم يكن للمرتهن ان يمتنع لانه غير متبرع حيث بخلص ملكه بخلاف ما اذا تبرع اجنبي بقضاء الدين فلرب الدين لا يتبعه منه لانه متبرع لانه لا يسعى في تخلص ملكه او تعريض ذمته **قوله** ولهذا يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر المضمون لا اكثر منه لانه ذكر في الايضاح وفي نتاوي قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك به الدين ولا يرجع باكثر من ذلك بانه اذا كانت قيمة الرهن الفاقرة منه بالفين فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع باكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك فكذا اذا اعتكده كان متبرعا بالزيادة فان قيل لا يتوصل الى تخلص ملكه الا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قليا الصمان انما وجب (على)

ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين
ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا
في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ايقرضه كذا فهلك في يد المرتهن
قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالوجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة ماله الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته
ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن
بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته

على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما يتحقق به الايفاء *
قوله ولو اختلفا في ذلك اي المعير والمستعير بان قال المعير هلك في وقت الحبس وقال
المستعير وهو الراهن هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول المستعير وهو الراهن
مع يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بايفاء الدين منه وهو ينكر الايفاء
فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك
الا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يدا لاستيفاء ولكن حقيقة
الاستيفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشأ
منه فكان منكر الضمان **قوله** كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به هكذا وقع في النسخ ولكن
الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امره مكان كما لانه في لفظ كما يختلف الغرض اذا في الاول القول
للاهن وهو المستعير وفي الثاني القول قول المعير فكيف يصح التشبيه الا ان يقال التشبيه
في الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيرا او مستعيرا **قوله** في انكار اصله اي العارية بتاويل
عقد العارية **قوله** يضمن قدر الموعود اي المرتهن للراهن **قوله** لما بينا اشارة الى ما ذكر في باب
ما يجوز ارتهاه بقوله لان الموعود جعل كالوجود باعتبار الحاجة **قوله** لان سلامة ماله الرهن
باستيفائه الى آخره بيانه ان الدين الموعود كالوجود فلو كان الدين موجودا وهلك الرهن (في)

لان الحق قد تعاق برقبته وقد ائلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين واستعار عبدا او دابة لغيره فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنيهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى ملكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برى من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعط ثم عطب بعد ذلك من غير صنعة لا يضمن لانه بعد الفك كمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفك وقد عاد الى الوفاق فيسرا عن الضمان وهذا

في ضمان المرتهن يسلم للرائن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعد اذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للرائن المسمى من الدين فاذا استوفاه من المرتهن وهو ومالية الرهن سواء يصير الرهن مستوفيا مالية الرهن بواسطة الاستيفاء وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء *

قوله لان الحق قد تعلق برقبته اي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضاء المعير وقد استهلكه بالاعتاق فصار كما استهلكه بالاعتلاف وهو في هذا الحكم كاجنبي آخر فيضمن قيمته ثم يرده على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولوا خذا المعير الرهن من المرتهن ثم استرده المرتهن كان رهنا عنده الى ان يقبض دينه فاذا قبض يرده على المعير كذا **قوله** لانه قد برى من الضمان حين رهنهما اي ضمان التعدي بالاستخدام والركوب لا ضمان قضاء الدين فان المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين لان الراهن بعد ما قضى الدين لما هلك الرهن في يد المرتهن فيرجع بما ادنى اليه من الدين لان الرهن لما هلك في يد المرتهن يصير مستوفيا حقه من مالية الرهن فيرد الى الراهن ما اقتضاه من الدين كيلا ينكر الاستيفاء فاذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن في قدر ما وقع به الايفاء **قوله** فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فان قيل ليس ان المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرء عن الضمان مالم يصل العين الى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه قلنا (ثم)

بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء *

قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال بجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لما كنه **قال** وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما عذر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال اجنانيته على المرتهن معتبرة والمراد بالجنانية على النفس ما يوجب المال

ثم يد المستعير يد نفسه فبالعود الى المكان المشروط لا يصير اذ العين على المالك لاحقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده كيد المالك فبالعود الى الوفاق يصير اذ اعليه حكما وما نحن بصدد نظير مسألة الوديعة لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثل ما كان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا ابرئ به من الضمان *

قوله بخلاف المستعير اي بخلاف ما اذا استعار عينا لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق لم يبرأ عن الضمان **قوله** وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم فالمعنى من المحترم هو ان يكون غيره ممنوعا من ابطاله **قوله** ومعناه ان يكون على صفة الضمان الدين بان كان الدين دراهم او دنانير اما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط **قوله** والمراد بالجنانية على النفس ما يوجب المال وهي ما اذا كانت الجنانية خطأ في نفس او في ماله ومنها ما الجنانية الموجبة للقصاص فمعتبرة اما على المرتهن فلا يشكل واما على الراهن فلان المستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبي آخر الا ترى ان اقرار المولى عليه بالجنانية الموجبة للقصاص لا يصح وبالجنانية الموجبة للمال يصح واقراره على نفسه بالجنانية الموجبة للقصاص صحيح وبالموجبة للمال باطل * (قوله)

اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية
المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن
عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلاف ان الجناية حصلت على غير ماله
وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد عليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطالا للرهن ودفعاه
بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان
له مع وجوب التخليص عليه وجنائه على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين
سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن
ابن حنيفة رحمه الله انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعه دنئى المستودع
وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي *

قوله اما الوفاقية وهي جناية الرهن على الراهن فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات
كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه فانها تعتبر عند ابي حنيفة رحمه الله مع
ان المغصوب مضمون على الغاصب كما ان المرهون مضمون على المرتهن لان الملك عند اداء
الضمان يثبت على الغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فتبين ان العبد جنئى على غير ماله
فاعتبرت فاما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين واهذا لو مات
كان الكفن على الراهن فلا يتبين به ان جنائته كانت على غير ماله فلهذا كانت هذه الرافعة
ان المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعه فباعتبار
انه كالأمانة من وجه يجعل جنائته على المالك هدر او باعتبار انه كالمغصوب يجعل جنائته على
الضامن هدر **قوله** ولهما في الخلاف اي في جناية الرهن على المرتهن ان الجناية حصلت على
غير ماله او في الاعتبار فائدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع الى المجنئى عليه والمرتهن (غرض)

قال ومن رهن عبدا يساوي الثايل الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصلاه ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لفرح هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس

غرض صحيح في تملك العبد وان سقط دينه فوجب ان يعتبر ورثته يكون بقاء الدين مع التزام الفداء انفع له ففي اثبات الخيار له توفير النظر عليه وبه فارق ما اوجنى على مال المرتهن لانه لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها الملك ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه وذلك مستحق له بدنه فلا فائدة في اعتبار جنائته على ماله فلهذا لا يعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن اى بالدفع وهذا التفريع على قولهما وله ان هذه الجناية لو اترها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانه مخاطب هو ايم ابا الدفع او بدفعه كالمراهن فحينئذ كان حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب جنته واحدة والفول به اشتغال به لا ينفذ ذلك ان المرتهن في الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنائته الا ترى انه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان ما كذا في الجناية عليه فجعل كالمالك فلا يعتبر جنائته عليه وهذا لان اصل حق المجنى عليه في بدل الثابت وهو الارش الا ان للمولى ان يخاص نفسه من ذلك بدفع العبد ان شاء ولا يمكن اعتبار جنائته على المرتهن في استحقاق اصل البدل لانه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب له على نفسه ارش الجناية ولا يمكن اعتبار جنائته لمنفعة نبوت الملك له في العبد فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من الفداء شيء فصار هذا وجنايته على مال المرتهن سواء وكان بمنزلة جانب الراهن وهناك يستوي بين جنته على نفسه وماله فكذا في جانب المرتهن *

قوله واصلاه ان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين حتى لو كان الرهن على حاله فنقص سعرة فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن (قوله)

وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجلب الضمان بخلاف نقصان العين لان بغوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذا الديد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفأنت واخذة المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مغابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيه اقام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء العا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء ونقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة باهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا **قال** وان كان امرء الراهن ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لم يباعه باذن الراهن صار كان الراهن استردة وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا **قوله** وذلك لا يعتبر في البيع يعني اذا تغير سعر المشتري قبل القبض لا يثبت الخيار للمشتري ولا في الغصب يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب **قوله** حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مغابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية **قوله** ونقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف اي الف الدين بمقابلة مائة الرهن وهي المائة التي غرمها الحر بقتل الرهن فجعل رهنا مكان العبد المقتول لان المائة لا يجوز ان يكون بمقابلتها اكثر من مائة فاذ لك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة فلهذا لو كان القاتل عبدا قيمته مائة ودفع مكانه يكون رهنا بالالف درهم كالا ول عندنا على ما يجيء لان ذلك يجوز ان يكون بمقابلة الف درهم شرعي فكذلك جسا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين من مالته بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير فانه يبقى جميع الدين باعتبار لانه يتوهم استيفاء جميع الدين منه بان يعز الدنانير حتى يبلغ قيمته هذه الدنانير الف درهم **قوله** وان كان امرء الراهن ان يبيعه (فباعه)

قال وان قتل عبد قيمته مائة فدفعت مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح
 وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن
 بماله وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا
 بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يصح ابنا على زفر رح ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما
 ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذا ان اقام
 المدفوع مكانه ولمحمد رح في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل
 قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير
 لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة
 عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف
 البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو
 كان العبد تراجع سعرة حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبد يساوي مائة فدفعت به فهو على هذا الخلاف

فباعه بمائة ان كان موضوع المسئلة ان سعرة تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته نص
 بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينقص سعرة صح البيع ايضا عند أبي حنيفة رح ويصح
 عندهما ان قال بع بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن لما باعه باذنه وصار كان الراهن
 استرده وباعه بنفسه ولو كان كذاك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا *

قوله وان قتل عبد قيمته مائة اي قتل العبد الذي يساوي الفا وهو رهن بالف ولم تراجع سعرة فدفعت
 مكانه افتك بجميع الدين من غير خيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقول محمد وزفر رح مذكور
 في الكتاب وعلى هذا الخلاف اذا قتل بعد ما تراجع سعرة الى مائة فدفعت به وهما قول اربعة احدثهم
 ان ينقص سعرة وعينه قائم والثاني ان يقتله حر بعد ما تراجع سعرة وغرم قيمته ففيهما خلاف زفر رح
 والثالث ان يأمر الراهن ببيعه فباعه بمائة وهذا الفصل بالاتفاق والرابع ما اذا قتل عبد قيمته مائة
 فدفعت به ففيه خلاف محمد وزفر رح **قوله** كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل (في

وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع لأنه لا يملك التملك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه أصلاً ولواًبى المرتهن أن يفدي قبل للراهن أدفع العبد أو افده بالدية لأن الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فإن اختار الدفع سقط الدين لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك أن فدى لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً واستهلك ماله حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون ماله لا يستغرق رقبته فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وإن أدى قبل للراهن بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه فإن أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وإن لم يؤدي وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه

في يد الغاصب أي إذا قتلها عبداً ودفع مكانهما وإنما قيد فيهما بالقتل لأن سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشتري والمغصوب منه بل يأخذهما من غير خيار أو لقتلهما عبداً دفع مكانهما بتخير المشتري بين أن يأخذ به بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المذموم وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب *
قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجناية على المرتهن أي إذا كانت قيمة العبد والدين سواء لأن العبد في ضمانه ويقتال للمرتهن أدفع العبد من الجناية فإذا فده كان دينه على حاله وإنما يدي بالمرتهن لأن لو خا طبنا الراهن من أجائزان يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لأن له أن يقول أنا أفدي حتى أصالح رهي **قوله** فصار كالهلاك والجامع زوال ملك الراهن من الرهن في ضمان المرتهن **قوله** كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء (و)

لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى
 فان فصل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالعقل للراهن وبطل دين
 المرتهن لان الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين
 العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا
 كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل
 امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بددين الغريم اخذ التمن ولم يرجع بما بقي
 على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت
 فيناخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت
 قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما ادي لان النصف منه مضمون
 والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على
 الدفع دفعا وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه انما منه الرضى به

واذا كان على المرتهن فداداه الراهن فيجب للراهن على المرتهن مثل ما ادى الى ولج
 الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن
 متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعبر الراهن *

قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية اي وعلى حق ولى
 الجناية لتقدمه على حق المولى بدليل انه لو استهلك ما لا يباع فيه ولا يؤخر الى ان يعتق
 ومقدم على ولى الجناية لانه وان دفع الى ولى الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع
 اثر علم ان الدين كان مقدما حقيقته واذا كان دين العبد مقدما على حق المولى فلان
 يكون مقدما على حق المرتهن اولى لان للمولى حقيقة الملك وللمرتهن اتصال حق
 بمالية العبد وانما يقدم حق المرتهن على المولى فيما اذا كان بين المولى والمرتهن لان
 المولى اثر المرتهن على نفسه اما ههنا الكلام في حق الثالث معهما بسبب دين ثبت له
 في رقبة العبد **قوله** والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وهو قوله لانه لا يملك التملك (قوله)

فان شاحا فالقول لمن قال انا اقدمى راهنا كان او مرتتها اما المرتتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتتهن انا اقدمى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن وكان له ان يفدي وما الراهن فلانه ليس للمرتتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع مع الحضور

قوله فان شاحا بان قال المرتتهن انا اقدمى او قال المرتتهن انا اقدمى او على العكس فالقول لمن قال انا اقدمى راهنا كان او مرتتها وذاك لان الراهن اذا قل انا اقدمى فالراهن بالدفع يسقط حق المرتتهن والمرتتهن بقوله انا اقدمى لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه من غير اضرار بالراهن فلذلك كان اختيار المرتتهن لنداء اولي واما لو قال الراهن انا اقدمى وقال المرتتهن انا اقدمى فليس الدفع الى المرتتهن ولا فائدة ايضا في اختيار المرتتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء وفي الدفع اسقاط حق الراهن في الرقبة ولا غرض صحيح في استبقاء الرقبة بالفداء فكان في اختيار المرتتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة فلا يعتبر **قوله** وهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وهو زيادة النوثق لاستيفاء دينه **قوله** وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع مع الحضور وفيه لبس واما ابو حنيفة رحمه الله بقول المرتتهن احدهم يطالب بالفداء في هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالراهن وهذه السكتة تقتضي ان لا يكون متبرعا حاله الحاضر ايضا ورزقي عند علي عكس هذا لانه لا يصير متبرعا حاله الحاضر ويكون متبرعا حاله الغيبة لان المرتتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن ولا يمكنهم الاخذ منه فيكون متبرعا في الفداء وحاله الحاضرة لمجني عليه يخاطبهما بالدفع او ائذ فلا يتوصل الى الحبس الا بالفداء فلا يكون متبرعا كصاحب العلوان ابني السفلى ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعا فهذا مثله * (قوله)

وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابي المرتهن ان يفدي وفداه الرهن بانه يحتسب على المرتهن نصف العدا من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الرهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء فكان العبد رهنا بباقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداة الرهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدنه كانه وفي نصفه فبقي العبد رهنا بباقي ولو كان المرتهن فدى والرهن حاضرا فهو مطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وانه اذا كان الرهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا اداة المرتهن فقد تبرع كلاجنبي فاما اذا كان الرهن غائبا فعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الاله فلا يكون متبرعا *

قوله وسنبين القولين اي قول ابي حنيفة رح وقول مخالفه وهو ما ذكر بعد هذا بخطوط في قوله ولو كان المرتهن فدى والرهن حاضرا فهو مطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول ابي حنيفة رح الى آخره **قوله** لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع لان موجب الجنایة الدفع او الفداء وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر في الكتاب انه ان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك اذا فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء فيكون سقوط الدين من اللوازم فام يتمكن الرهن من الخروج من موجب الجنایة الا وسقوط دين المرتهن يلازمه فلم يجعل الرهن في الفداء متطوعا لانه قصد به تطهير ملكه عن الجنایة وهو محتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا في نصيب المرتهن كغير الرهن اذا قضى الدين ثم ان رد عليه المرتهن نصف الفداء بقي مرهونا كما لو فدياه به وان ابي ذلك ونصف الفداء مثل الدين او اكثر فخرج من الرهن لان المرتهن حين ابي الفداء رضي باتوائه فيجعل في حقه كانه هلك **قوله** وان كان غائبا لم يكن متطوعا ذكر الغيبة مطلنا وكذا في الايضاح والمبسوط وشرط في الاسرار ان يكون الغيبة منقطعة * (قوله)

قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولي الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصيه وان لم يكن وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظر الحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليوادي ما عليه غيره ويستوفي ما له من غيره وان كان على الميت دين فله الرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه لا يربح الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الاينار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزال المانع لو صول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتمارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تعصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى *

فصل

ومن رهن بصير بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء

قوله لانه لا يربح الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت بد الاستيفاء حكما فاشبه الاينار بالايفاء الحقيقي **قوله** جازي عقد الرهن وهذا كالراهن اذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن وان قضى الراهن دينه ينفذ البيع والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله ومن رهن بصير بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ذكر صاحب المحيط هذا ذالم ينقص من الوزن شيء فاما اذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون هور هنا بباقي من الدين وقوله ثم صار خلا يساوي عشرة هذا القيد وقع (اتفاقا)

(كتاب الرهن ٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره ٠٠ فصل)

فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه ينخبر في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولورهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلد ها فصا ريسا وي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلد ها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتفض لا يعود واما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشائخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع *

اتفاقا لان انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين اذا بقي القدر على حاله كما لو انكسر القلب وبقي الوزن على حاله *

قوله فهو محل له بقاء وذلك لان الخمر مال الا انه ليس بمتقوم فبالنظر الى جهة المالبة يقتضي المحلية والنظر الى انه ليس بمتقوم يقتضي انعدام المحلية فعملنا بالشبهين فقلنا بانه ليس بمحل ابتداء وانه محل بقاء ولم نقل بالعكس لان ما يكون محلا لا ابتداء فهو محل للبقاء فان البقاء اسهل من الا ابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين **قوله** فصا ريسا وي درهما فهو رهن بدرهم هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف هذا فيما اذا نظر الى قيمة الجلد والى قيمة اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمة اللحم تسعة وقيمة الجلد درهما كان الجلد رهنا بدرهم وانما يعرف اذا نظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة علم ان قيمة الجلد درهم يوم الرهن لانه بازاء كل درهم من الشاة درهم من الدين فيسقط من الدين تسعة ويبقى الجلد رهنا بدرهم وان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة ثمانية علم ان قيمة الجلد درهما فيكون الجلد رهنا بدرهمين وانما يجب النظر الى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة لان الاصل ان قيمة الرهن انما يعتبر يوم الارتهان هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت قيمة الشاة مثل الدين اما اذا كانت قيمة الشاة اكثر من الدين بان كانت قيمة الشاة عشرين وقد دبغ الجلد فانه بنظر الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان (فان)

قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والنمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه فان كانت قيمته يوم الارتهان درهما بان كانت قيمتها حية عشرين ومسلوخة تسعة عشر علم ان قيمة الجلد كانت درهما فيكون رهنا بنصف درهم لان بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم ويستط بازاء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة اقل من الدين بان كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما فقد ذهب من الدين اربعة والجلد رهن بستة لان الخمسة من الدين كانت باقية وبمقابلة الخمسة الاخرى كانت الشاة مرهونة فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب وهو الخمسة وقد عاد من الساقط بقدر مالبة الجلد بالدباغة وهو درهم وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين فلهذا كان الجلد رهونا باقيا من الدين وهو ستة ولم يعد اربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى من اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة فكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين ثم هذا الذي ذكره محمد رحمه الله ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا بشكل اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لاقية له بان تربه او شمس لانه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئا حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بماله قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد مبيتة ودبغه بشيء له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث وجب له على لراهن هل يبطل الرهن الاول ام لا قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله فيه قولان في احدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغة فيه حتى لو ادعى الراهن قيمة ما زاد الدباغة فيه اخذ الجلد لانه صار رهونا بالدين الثاني حكما ولو صار رهونا بالدين الثاني حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينسخ الاول بالتالي فكذا اذا صار رهنا به حكما وفي القول الآخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشيء انما يبطل بما هو مثله او فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف ينسخ بالبيع بالف وخمس مائة لانه مثله ولا ينسخ بالرهن والاجارة لانه دونه (و)

ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يتا بل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذا اللغظ لا يتا ولها وان هلك الاصل وبقي السواء افتك الرهن بحصة يقسم الدين على قيدة الرهن يوم القبض وقيمة النداء يوم الفك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والرهن الثاني هنادون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصت بالجلد الدبغ وتلك المالية تبع للجلد فانه وصف له والوصف يتبع للاصل والرهن الاول بما يحكم هو اصل بنفسه وليس يتبع لغيره فيكون اقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني ويثبت الثاني ايضا لانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن *

قوله ويكون رهنا مع الاصل عاينه معنى انه يحبس كما يحبس الرهن **قوله** والرهن حق لازم فيسرى اليه ومعنى قوله حق لازم اي متأكد بحيث لا اختيار فيه ودليل التأكيد هو ان الرهن لا يملك ابطاله بخلاف حق ولي الجناية في الامة الجانية حيث لا يسرى الى الولد لانه ليس بمنه كد في الجارية حتى ينعد مالكا من ابطاله بالنداء والاصل في هذا ما هو الجاري على السن القهاء بقولهم الاوصاف القارة في الامهات يسرى الى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في الامهات فيسرى الى الولد وقال الشافعي رحمه الله النداء ليس برهن وبه قال مالك رحمه الله لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين عنده وذا ليس بحق متأكد في العين فلا يسرى الى الولد كحق الوكالة بالبيع ولا يقال يشك في الجارية الموصى بخدمتها اذا ولدت لا يسرى حق الموصى له بالخدمة الى الولد وان كان حق الموصى له لازما لان تناول حق الموصى له في المنفعة لا في العين الا انه لا يتوصل الى المنفعة الا بكون العين محبوسة عدة فكان تعلق حقه بالعين باعتبار الضرورة لا بتعدى موضع الضرورة كما مستأجرة اذا ولدت لا يسرى حق المستأجر الى الولد فكذا ههنا **قوله** لانها لم تدخل تحت العقد اي الاوصاف والاتباع لم تدخل تحت العقد الوارد على الاصل مقصودا فلا يكون لها قسط مما يقابل بالاصل فان قيل (يشكل)

(كتاب الرهن ٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره ٠٠ فصل) ١٢٣٣

والزيادة تصير مقصودة بالعكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل نخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتامه في الجامع والزيادات ولورهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعاقبها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتملك فيصح مع الخطر

يشكل باروش اطراف الرهن فانها تبع للرهن ومع ذلك يكون في مقابلتها شيء من الدين المنابل بالاصل حتى يسقط من الدين اذا هلك الارش في يد المرتهن بقدره قلنا الاطراف اذا وجد فيها فعل حسي يكون مقصودة فاذا كان الطرف مقصودا بواسطة الفعل الحسي يكون الارش وهو انما يجب بدلا عن مالهته مقصودا كذلك فلا يرد ذلك نقضا علينا *

قوله والزيادة تصير مقصودة بالعكاك وذلك لان الزيادة لا تصير مقصودة الا بفعل حسي كما ذكرنا ولا فعل ههنا سوى العكاك فيصير مقصودا به فاذا صار مقصودا لا بد من القول بان في مقابلته شيئا ان لم يكن في مقابلته شيء لما كان لابقائه فائدة والشرع منزعه عن مثله وانما قلنا بان الرهن بق فيدله انه كان رهنا في حياة الام وموت الام لا يبطل الرهن بل ينتهي والشيء اذا انتهى تقرر فاذا تقرر الرهن في الام يبقى في الولد كما كان اذا التبعية بينهما انما كانت حكما لا حسا واذا كانت التبعية حكما يبقى كذلك تبعا للاصل حكما وان هلك حسا كولد المبيعة قبل القبض اذا ماتت المبيعة يبقى البيع ببقاء الولد والبيع انما يثبت في الولد بطريق التبعية بدليل ان الولد لو مات عند البائع لا يسقط من الثمن شيء ثم اذا بقي الرهن في الولد يعتبر قيمته يوم العكاك لان الولد انما يصير في مقابلته من الدين شيء يوم العكاك **قوله** والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع لا يكون اولد المبيع حصته من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض **قوله** فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا (اي)

(كتاب الرهن ٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنایته على غيره ٠٠ فصل)

ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس *

قال وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحم ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف رحم تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحم لا تجوز فيهما

اي لكونه مقصودا بالفكاك تفسيره اذا كانت قيمة الاصل الفا والولد يساوي الفا فالدين نصفان في الظاهر فان مات الولد ذهب بغير شيء ويبقى الدين بازاء الام وان ماتت الام وبقي الولد فان افتكه افتكه بنصف الدين وان هلك الولد بعد موت الام ذهب بغير شيء وذهب كل الدين بموت الام *

قوله ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك وفي الذخيرة اذا حلب المرتهن الشاة التي هي رهن باذن الراهن وشربه فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان فيكون رهنا عند المرتهن ومحسوبا بالدين مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته ويكون القيمة رهنا عند المرتهن مع الشاة ثم التقييد بالشاة انما يظهر فائدته في جانب الصمان فيما اذا حلبها بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان امه فارضعت صبي المرتهن بغير اذن الراهن لم يحتسب به لان لبن الادمي لا ثمن له **قوله** وتجوز الزيادة في الرهن بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بعشرة ولا تجوز الزيادة في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحم وهو القياس اي اذا رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين آخر بالشراء او الاستقراض فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث عند هما بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق * (قوله)

والخلاف معهما في الرهن والتمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف رحمه الله في الخلافة الاخرى ان الدين في باب الرهن كالتمن في البيع والرهن كالتمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسائة من الدين جاز وهذا شروع في الدين

قوله والخلاف معهما في الرهن اي في زيادة الرهن والمنكوحة اي في زيادة المنكوحة بان زوج المولى امة من رجل بمهر مقدور ثم زوج المولى امة اخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما **قوله** وقد ذكرناه في البيوع اي في الفصل الذي ذكره في باب المراجعة والتولية **قوله** ولابي يوسف رح في الخلافة الاخرى وهو قوله وقال ابو يوسف رح يجوز الزيادة في الدين ايضا **قوله** ان الدين في باب الرهن كالتمن في البيع والرهن كالتمن حتى يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالتمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة باصل العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والتمن **قوله** والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان الزيادة ففي التمن انما يصح بالتحاقها باصل العقد فانه لولا ذلك لما صحت الزيادة ثمنا فكذا الزيادة في المبيع يصح لهذا الوصف ايضا والدين مع الرهن كالتمن مع المبيع ويجوز الزيادة في الرهن بالتحاق الزيادة باصل العقد فكذا الزيادة في الدين بجامع الحاجة والامكان فان الحاجة يمس الى الزيادة في الدين كما يمس الى الزيادة في الرهن بان يكون في مالية الرهن فضل على الدين ويحتاج الراهن الى مال آخر فيجعل لانه رهنا بهما واما الامكان فلان العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع الى وصف مشروع بان يصير قيمة الرهن مثل الدين او اقل وانه مشروع في الابتداء فكذا في الانتهاء ولهما ان الزيادة في الدين يؤدي الى الشروع في الرهن لان بعض الرهن يفرغ من الدين (١)

(كتاب الرهن ٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره ٠٠ فصل)

والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاءه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صححت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاصل يوم القبض الف والدين الفاي يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلث الدين اعتبارا بقيدتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما ثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا اولدت المرهونة ولدان ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام

الاول لثبت فيه ضمان الدين الثاني فبقي حكم الاول في البعض مشاعا والشروع في الرهن يمنع صحة الرهن فاما الزيادة في الرهن فيؤدي الى الشروع في الدين لان بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الاول الى الثاني والشروع في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنا * **قوله** والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين جواب لابي يوسف رح في قوله والامكان لان الالتحاق باصل العقد في المعقود عايه او المعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به لان المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملتحة باصل العقد واما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد والتمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضح الفرق **قوله** ويسمى هذه اى الزيادة في الرهن زيادة قصدية بخلاف نماء الرهن فان ذلك زيادة في الرهن وليست بقصدية بل هي زيادة صمنية ويختلفان حكما ايضا فان الدين يقسم على قيمة الزيادة في الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك **قوله** واذا اولدت المرهونة (و)

ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام *

قال فان رهن عبدا يساوي الف بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرد الى الراهن والمرتهن في الآخرا من حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضىا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا ارد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن اياه على آخر الف جيا فاستوفى زيوفا ظنها جيا دائم علم بالزيف وطالبه بالجيا و اخذها

واذا رهننت امة بالف وقيمتها الف وولدت ولدا يساوي الف انم ان الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدا يساوي الف بان قال زدتك هذا العبد مع الولد فالعبد رهن مع الولد فينظر الى قيمة الواد يوم العكاك وعلى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمة يوم العكاك وعلى قيمة الزيادة يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ايضا لانها ملحقة بالولد في الحكم *

قوله ولو كانت الزيادة مع الام بان قال زدتك هذا العبد مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة اذا دخلت على الام فكانها كانت في اصل العقد فيكون الولد اذ خلا في حصة الام خاصة فان مات الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الواد وازيادة بما فيها لان بهلاك الام يتقرر الضمان فلا يبطل الحكم في الزيادة بخلاف الزيادة في الولد ولو مات الواد بعد الزيادة ذهب بغير شيء فكان العبد زيد في الام ولا واد معها **قوله** مادام الدين باقيا هذا احتراز عن البراء على ما يجيء فان بالبراء يرتفع الضمان وان لم ينقض القبض بالرد الى الراهن حتى لو ملك يهلك بغير شيء * (قوله)

(كتاب الرهن ٠٠ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره ٠٠ فصل)

فان الجياد امانة في يده مالم يرد الزیوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ائرا المرتهن الراهن عن الدين او هبه منه ثم هلك الرهن في يدا المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لفرح لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهة لسقوطه الا اذا احدث منع لانه يصير به فاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابراته او هبته او ردت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيء السقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء

قوله فان الجياد امانة في يده مالم يرد الزیوف لا يقال بان حقه في الجياد دون الزیوف فينبغي ان يكون الزیوف امانة دون الجياد لانا نقول لما قبض الزیوف او اوقع الاستيفاء لاصل حقه ولكن ذات الوصف ولهذا وتجوز به يتم الاستيفاء فاذا حصل بتبض الزیوف اصل الاستيفاء يكون الجياد امانة ضرورة كي لا يتكرر الاستيعاء **قوله** لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل اي في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض **قوله** لان الرهن مضمون بالدين او بجهته هذا تعليل جواب الاستحسان بان الرهن يهلك بغير شيء استحسانا لبيان هذا هو ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا يتحقق ذاك الا باعتبار بقاء الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم التابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احدهما الا ترى انه لو سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابراء عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض ومالم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان *

(قوله)

ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل

قوله ووجد الفرق اي بين الاداء والابراء وحاصله ان الرهن انما يكون مضمونا بالدين عند قيامه او توهم ثبوته كما في الدين الموعود وبالابراء او الهبة واخوانتهما لا يبقى الدين ولا يتوهم قيامه وهذا بخلاف ما وادى الراهن الدين او تبرع به غيره لان الدين في فصل الايناء قائم بدليل انه اذا ابرأ رب الدين المديون من الدين بعد الاداء يتمكن المديون من استرداد ما ادى وعدم ولاية المطالبة لخلوها عن الفائدة لانها تعقب مطالبة مثله **قوله** لقيام الموجب وهو ما القرض او المداينة او الاجارة وغير ذلك **قوله** فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اي اذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء الحقيقي ولا يتكرر الاستيفاء **قوله** وكذا اذا اشترى بالدين عينا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين الى قوله ويجب عليه رد ما استوفى **قوله** او صالح عنه على عين لانه الاستيفاء اي الشراء بالدين او الصلح عنه على عين فانه شري بالدين اذا كان عن اقرار استيفاء لانه يجب على رب الدين مثله بالشراء او الصلح عنه **قوله** بطلت الحوالة لانه ام يبق المطالبة بهلاك الرهن **قوله** الاستيفاء **قوله** ويهلك بالدين لان الحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمته اذ اقامت المحتال عليه مغلما **قوله** او ما يرجع عليه معطوف على مثل ما كان **قوله** لانه بمنزلة الوكيل تعليل لقوله يرجع عليه اي لمحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل * (قوله)

وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف البراء والله اعلم *

كتاب الجنایات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام

قوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه لان الرهن حصل بدين يتوهم وجوبه للحال وبتصادقهما على ان لا دين لا يزول التوهم لجواز ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على ان لا دين فيكون الجهة باقية بخلاف البراء لانه يسقط به وذكر شمس الاثمة السرخسي في المبسوط واذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن وجوب الدين ظاهرا يكفي بضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام اسبغ بي رح انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشائخنا فيه والصواب انه لا يهلك المضمون والله اعلم *

كتاب الجنایات

الجنایة اسم لما يجنيه من شراري يحدثه تسمية بالمصدر من جنى عليه را وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل واصله من جنى الثمر وهو اخذ من الشجر كذا في المغرب **قوله** والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام يعني ليس المراد من قوله القتل على خمسة اوجه نفس القتل من غير نظر الى ان يتعلق به حكم او لا وانما المراد منه قتل يتعلق به الاحكام قصاص والدية والكفارة وحرمان الميراث وغيرها فان القتل من حيث هو اكثر من خمسة كالقتل قصاصا او رجما وقتل الحربي وقتل قطاع الطريق وغيرها ونظير هذا ما قاله في مدرك في كتاب الايمان لايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايدان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله ومن لجالطلاق

قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمرورة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدائله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى **وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ الْآيَةُ وَقَدْ نَاطِقٌ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السَّنَةِ** وعليه انعقد اجماع الامة *

بالطلاق ويهين بالعناق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى الا ترى انه اشتغل ببيان حكم اليمين بالله فقال يمين يكفر ويمين لا يكفر ويمين نرجوان لا يؤاخذ الله بها صاحبها * **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح اي في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب اي قشرة ولم يشترط في المعنى الحدة اذا كانت الآلة من الحديد فقال العمد ما يتعمد الانسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف والسكين او ام يكن سلاحا نحو الابرة وسواء له حدة تبضع بضعا وليس له حدة يرخص رضا كالعمود وصنجة الميزان وسواء كان الغالب منه الهلاك او لم يكن فبهذا تبين لك ان العبرة في الباب للحديد هذا كله على رواية لاصل وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة رح انه اذا قتله بصنجة حديد او عمود لاحدة له فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطأ عمد وعلى قوليهما ان كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض يوجب القصاص وان لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون عمدا محضا وما لم يكن من جنس الحديد ان عمل عمل الحديد في البضع وتفريق الاجزاء فهو عمد محض يجب القصاص فيه وذلك نحو الاحراق بالنار الا ترى انها يعمل عمل الحديد في الذكاة حتى انها اذا وضعت في المذبح فتقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدم حل فان انحسم ولم يسل الدم لا يحل وذكري فتاوى قاضيخان وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد ذكائنا وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص **قوله** وقد نطق به غير واحد اي كثير من السنن منها ما قال عليه السلام في خطبته (بعرفات)

قال والقود لقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قوداي موجبه ولان الجناية بها تكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة الملتهاية

بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مغامى هذا ومنها ما روى عنه عليه السلام انه قال لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم وقال عليه السلام سباب المسلم فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تاويله قتاله لا سلامه فظاهرة يدل على عظم الجناية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنهما لا يرى التوبة لقاتل العمد وان لم تأخذ بقوله *

قوله والقود معطوف على قوله المأثم **قوله** الا انه تقيد بوصف العمدية اي قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ اظاهرة يوجب القول بالقصاص اينما وجد القتل باي وجه وجد لكن السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام العمد قود يدل على ان حكم القصاص منصوص بالقتل العمد لان خبر الواحد لما صلح مبيناً لمجمل الكتاب كما في بيان قدر المسح فاولى ان يصلح السنة المشهورة التي تلقتها الامة بالقبول مبينة لما سكت عنه الكتاب لا يقال بان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة بخلاف قوله تعالى مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ لَانِ هُنَاكَ وَإِنْ لَمْ يَوْجِبِ التَّخْصِصُ عِنْدَنَا فَذِكْرُ الْمُؤْمِنَاتِ لَا يَخْلُو عَنْ الْفَائِدَةِ وَهِيَ الِاسْتِحْبَابُ فَإِنَّ الِاسْتِحْبَابَ مُنْهَضَةٌ فِي الْمُؤْمِنَاتِ بِالِاتِّفَاقِ وَلَإِنْ فِي الْكِتَابِ إِضَادَةٌ لَعَلَى أَنْ الْمُرَادُ مِنَ الْقَتْلِ الْمَذْكُورِ فِي آيَةِ الْقِصَاصِ هُوَ الْقَتْلُ الْعَمْدُ لِأَنَّهُ أَوْجِبُ الدِّيةِ فِي الْقَتْلِ الْخَطَا عَلَى مَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ وَلَا يُبَالِي أَنْ يَكُونَ الْقَتْلُ الْعَمْدُ مُوجِبًا دِيَّةً وَقِصَاصًا فَلَا بُدَّ أَنْ يَحْمَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَالِهِ فَلَا اخْتِصَاصَ مَا يَوْجِبُ الدِّيةَ بِالْقَتْلِ الْخَطَا فِي النَّصِّ الْقَطْعِيِّ كَانَ مَا يَوْجِبُ الْقِصَاصَ غَيْرَ الْخَطَا لِأَنَّهُ مُوجِبٌ وَهُوَ الْعَمْدُ وَمَا يَسْقُطُ فِيهِ الْقِصَاصُ يَسْقُطُ لَشَبْهَةِ فِي الْعَمْدِيَّةِ وَهُوَ شَبْهُ الْعَمْدِ وَغَيْرِهِ * ^{مدرك} (قوله) ^{مبين}

لا شرع لهادون ذلك **قال** الا ان يعفوا الا ولباء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس المولى اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفع الهلاك فيجوز بدون رضائه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل

قوله لا شرع لهادون ذلك اي دون تكامل الجناية وانها يتكامل بالعمدية **قوله** ثم هو اي القود واجب عينا وليس للمولى اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي رح اي وجوب القصاص عينا احد قولي الشافعي رحمه الله الا ان له العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفع الهلاك فيجوز بدون رضاه كمن اصابته مخصصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشراء لانه ملك ما يحبي به نفسه بعوض يعدله فعلى هذا اذا عفا المولى عن القصاص يسقط حق المولى وكذلك اذا مات القاتل يسقط حق المولى وفي قوله الاخر الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره فعلى هذا لو عفا المولى عن القصاص كان له المطالبة بالدية وكذلك اذا مات كان له حق استيفاء الدية لكونها موجبا اصليا ولو صالح على اكثر من الدية من جنسها فلا يصح لانه يصير ربوا ويصح على القول الاول **قوله** لان حق الجبر شرع جابر الحاجة العبد الى الجبر حين تحقق نقصان في حقه وفي كل واحد نوع جبر اي لحق المقتول مما فات عليه فان المقتول ينتفع بالدية من حيث قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه او لحق المولى لانه ينتفع به المولى الذي كان ينتفع بالمقتول وفي القصاص نوع جبر ايضا معنى الانتقام وتشفى الصدور **قوله** ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة وهذا لانه لا مماثلة بين الآدمي والمال لا صورة ولا معنى فالآدمي خلق لتحمل امانة الله تعالى بالاشتغال بعبادته والمال خلق لاقامة مصالحه وهو مملوك الآدمي والآدمي مالكه فاني بئس ابهان وإنما التماثل في القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل * (قوله)

وفیه مصلحة الاحیاء زجرا وجبرا فینعین وفي الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا یتیقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا یتعین مدفعاً للهلاک ولا کفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التکفير في العمد امس منها اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها وانا انه كبيرة محضه وفي الكفارة معنى العبادۃ فلا یناط بمثلها لان الکفارة من المنادير

قوله وفيه مصلحة الاحیاء زجرا وجبرا فاما زجرا فان من قصد قتل عدوه فاذا تمکرفي عاقبة امره انه اذا قتل قتل به انزجر عن قتله تکان حیوة لهما اي ابقاء لهما على الحیوة واما جبرا فلانه اذا قتل به سلم حیوة الاولیاء فان القاتل یصیر حربا على اولیاء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو یقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مکنهم من قتله قصاصا دفعا لشره عن انفسهم واحیاء الحي في دفع سبب الهلاک عنه ولما کان فيه حیوة من الوجه الذي قلنا صلح جابر الان الفائت بالقتل حیوة والحاصل بالقصاص حیوة مثل الاول وانما یجب ضمان الجبر بقدر الامکان ولا امكن ان فی جبر الحیوة باکثر من هذا ولانه لما قتل الولي القاتل حصل له التشفی فكان ذلك جبر المافات منه من حیوة المقتول فاما المال فلبس فيه شیء من معنى الجبر وانما وجبت الدية في الخطأ بخلاف القیاس لان القتل اعظم العقوبات والخطأ معذور فیتعذر ايجاب المثل علیه ونفس المقتول محرمة لا یسقط حرمتها بعذر الخطأ فوجب المال صيانة لادم عن الهدر منه على القاتل بان سلمت له نفسه وللقتل بان لم یهدر دمه وشرع المال بحکم عدم الامکان لا یدل على شرعه عند الامکان **قوله** ولا یتیقن بعدم قصد الولي اي بقتل القاتل بعدما اخذ الدية ینبئ بحوزان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضا ثم یقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لانه تعین مدفعاً للهلاک **قوله** لان الحاجة الى التکفير في العمد امس وذلك لان الکفارة شرعت ما حیه للانم والائتم في العمد اکبر فكان ادعى الى ايجاب الکفارة **قوله** وفي الکفارة معنى العبادۃ بدلیل ان الصوم فیها مدخلا **قوله** فلا یناط بمثلها لان الحکم نتیجة السبب فیراعی التناسب بينهما فلا یجب الا بسبب دائريین الحظر والاباحة کاخطأ فانه بالمظن اليه اصلا (العمل)

وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا تعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقواه عليه السلام لا ميراث لقاتل *

قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما يجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضرب بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمدان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لانه يتقصد بها غير كالنابيب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمداً موجبا للقتل وله قوله عم الا ان قتل خطأ العمد الفعل مباح وبالنظر الى المحل الذي اصابه محذور والكفارة دائرة بين العباداة والعقوبة فتجب بمثله ولا تجب بالقتل العمد لانه محذور محض كما لا تجب بالماباح المحض وهو القتل بحق كالفصاص وانما يجب بسبب دائريين العباداة والعقوبة لتنسب العقوبة الى جانب الحظر والعبادة الى جانب الاباحة *

قوله وتعينها في الشرع لدفع الادنى اي تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى اي في الخطأ لا تعينها لدفع الذنب الاعلى اي في العمد وهذا جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب الكفارة في الخطأ **قوله** وشبه العمد سمي به لان في هذا الفعل معنيين معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الى الآلة التي استعملها اذ هي آلة الضرب للنابيب دون القتل وانما يقصد الى كل فعل بالآلة فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصداً الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه كذا في المبسوط وشبه العمد متحقق عندنا وعند الشافعي رح خلافاً لما لك رح ثم اختلفوا في تفسيره فقال ابو حنيفة رح شبه العمدان تعمد ضربه بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرحى ومثله وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا تعمد ضربه بما يلبث فهو شبه عمد وقال الشافعي رح اذا تعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً وبيانه انه اذا ضرب عمداً سوطاً او سوطين فمات فهو شبه عمد بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح لانه ليس بموضوع للقتل (و)

قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه
اذلا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصر
العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة *

قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه
بالخطأ والدية المغلطة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى
يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلث سنين لفضية عمر ابن
الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنتين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به
حرمان الميراث لانه جزء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث

واما عندهما فلانه ليس مما لا يلبث واما عند الشافعي فلانه لا يقتل به غالبا واذ ضرب
بسوط صغير والى حتى مات فانه شبه عمد عندنا اما عند ابي حنيفة رح فلانه ليس
بموضوع للقتل واما عندهما فلانه مما يلبث وعند الشافعي رح عمد لانه مما يقتل به غالبا *

قوله قتل السوط والعصا ذكر السوط والعصا مطلقا فيتناول الصغير والكبير ولا يقال بان العادة
في العصا جارية في استعمال الصغير لانا نقول العادة مشتركة فان من الناس من
ياخذ الصغير ومنهم من ياخذ الكبير فلا يصلح مقيد الاطلاق النص **قوله** وبه يحصل القتل
غالبا اي بالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل يحصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك
الا بالآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين **قوله** وموجب ذلك على القولين الاثم اي
موجب ما هو شبه العمد على حسب اختلاف القولين في صورته الاثم والكفارة لشبهه بالخطأ
نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً آيَةً وقال صاحب الايضاح
وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رح لان الاثم كامل
متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة والصحيح انها يجب فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما
ان الكفارة واجبة عند ابي حنيفة رح **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء احترز
بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح في القتل العمد وعن دية وجبت على الوالد (بقتل)

وما لك رحمه الله وأن انكر معرفة شبه العمد بالحجة عليه ما اسلفناه *

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمى شخصاً يظنه صيداً فاذا هو آدمي او يظنه حربياً فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمى غرضاً فيصيب آدمياً وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِ الْآيَةِ وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعري عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه انما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فاخطأ فاصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد *

بقتل ولده عمد الا نهالم يجب ابتداء لان الواجب فيه ابتداء القصاص الا انه يسقط بعلة الابوة فوجبت الدية صيانة للدم من الهدر ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل مباشرة وقد وحد وتاثير الشبهة في درء القصاص لافي حرمان الميراث *

قوله وما لك رحمه الله وأن انكر معرفة شبه العمد بالحجة عليه ما اسلفناه قال مالك رحمه الله لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال كذا في هذا الفعل ولنا قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وهو المراد بقوله والحجة عليه ما اسلفناه والصحابة رض عنهم اتفقوا على شبه العمد حيث اوجبوا فيه الدية مغالطة مع اختلاف بينهم في صفة التغليظ **قوله** والخطأ على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل وانما انحصر على هذين النوعين لان رمية السهم الى شيء معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمي فلواتصل الخطأ بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولواتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي ايضا على هذين النوعين ضرورة **قوله** في ثلث سنين لما بيناه اي من قضية عمر رضي الله عنه **قوله** ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل اي اثم قصد (١)

قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب فكحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا قتل به آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطأ في جميع احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يائثم بالحفر في غير ملكه لا يائثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها

القتل فاما في نفسه اي فاما القتل في نفسه فلا يعري عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت وهذا الاثم اثم القتل لان نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بآثم وانما يصير به اثما اذا اتصل به القتل فيصير الكفارة لذنب القتل وان لم يكن فيه اثم قصد القتل *

قوله فحكمه حكم الخطأ في الشرع لكنه دون الخطأ حقيقة فانه ليس من اهل القصد اصلا وانما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم ان يصير قاتلا والكفارة في قتل الخطأ انما يجب لترك التحرز ايضا وحرمان الميراث لمباشرة القتل ويتوهم ان يكون متنا وما ولم يكن نائما قصد امنه الي استعجال الارث والذي سقط من سطح فوق على انسان فقتله او كان في يده لبنة او خشبة فسقط من يده ووقع على انسان فقتله او كان على دابة فاوطاها انسانا فقتله مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لكونه قاتلا للمعصوم من غير قصد فكان جاريا مجرى الخطأ كذا في الاوضح **قوله** ولنا ان القتل منه معدوم حقيقة لان مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض وانما الحق التسبب بالمباشرة في ايجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فبقي في حق الكفارة وحرمان الميراث على الاصل فان قيل الكفارة والدية يتعلقان بالقتل وهو قاتل في حق الدية فينبغي ان يكون قاتلا في حق الكفارة ايضا قلنا الكفارة جزاء (القتل)

لان اتلاف النفس یختلف باختلاف الآلة وما دونها لا یختص اتلافه بالآلة دون آلة والله اعلم *

باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأیید اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بیناه واما حقن الدم على التأیید فلتنتفی شبهة الاباحة وتحقق المساواة *

قال یقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا یقتل الحر

القتل والقتل معدوم منه حقيقة لان تصرفه لم یحصل فی الجنة وانما وجد فی محل آخر والدية بدل المحل وضمان المحل يعتمد فوات المحل وقد وجد وأن حصل بالنسب *

قوله لان اتلاف النفس یختلف باختلاف الآلة وذلك لان القتل ازهاق الروح وهي غیر محسوسة لیقصد اخذها فیستدل عایه بالآلة فیختلف باختلاف الآلة فاما ما دون النفس فانلافه بالجرح وهو فعل محسوس فلا یحتاج فی تحقیقه الى الاستدلال بالآلة فلا یختلف باختلاف الآلة والله اعلم بالصواب *

باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه

قوله اما العمدية فلما بیناه ای من الكتاب والسنة والمعقول واما حقن الدم على التأیید لنتنتفی شبهة الاباحة لان عدم التأیید یورث شبهة الاباحة كما فی الحربي المستأمن ولا یقال بان من اسلم فی دار الحرب فقد صار محقون الدم على التأیید ومع هذا لا یقتص من قاتله لان کمال الحقن لم یوجد فی حقه لان کماله بالعصمة المقومة والمؤنثة وبلاسلام حصلت له المؤنثة دون المقومة اذا المقومة تحصل بدار الاسلام **قوله** للعمومات ان النفس بالنفس ۞ کتب علیکم القصاص فی القتلى وقوله عم العمد قود **قوله** ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا یقتل الحر بالعبد لان قواه الحر بالحر وقع تفسیر القوله تعالی کتب علیکم القصاص فی القتلى والمعتبر هو التفسیر ولان هذا یقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار فی حکم القصاص فمن قال یقتل الحر بالعبد (لا)

(كتاب الجنایات ٠٠٠ باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه)

بالعبد لقوله تعالى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد
ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف
الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت
الى نقصان وانما ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما

لا يكون جنس الاحرار مغاibلا لجنس الاحرار قصاصا بل يكون بعضهم مقابلا لبعض ولان
القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والمالكية
امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساواة بين القادر والعاجز ولان الحرية حيوة والرق
موت حكما حتى ينسب المعتق بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولهذا لا يقطع
طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس والاطراف تابعة للنفس
فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولى ولا يقال كيف يصح استدلاله بالمقابلة وانه
لم يعتبر المناابلة في قوله والانشى بالانشى فان عنده ايضا يقتل الرجل بالانشى لانه يقول انما يقتل
الرجل بالانشى لا طلاق فواءه تعالى الحر بالحر وانما خص الانثى بالذكر وان كان حكمها مستفادا
من قوله الحر بالحر كيلا يظن ان ضعف البنية وقصور الحال في الانثى مانع من وجوب القصاص
فلا زالت هذا الوهم خص الانثى بالذكر ولا يقال بانه ترك اعتبار المقابلة حيث قل بان العبد
يقتل بالحر لان ذلك انما ثبت بدلالة نص قوله تعالى والعبد بالعبد فان العبد اذا قتل بالعبد
فاولى ان يقتل بالحر لان الحر اقوى حالا واعلى رتبة من العبد ولنا ما تلونا وما روينا
فلا تعارض بما تلوان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة والمطلق لا يحمل على المقيد على انه
ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشتمله العموم على موافقة
حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانشى
ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانشى وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضي الله عنه كانت
المقابلة بين بنى النضير وبين بنى قريظة وكان بنو النضير اشرف وكانوا يعدون بنى قريظة على (١)

وجریان القصاص بین العبدین یؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصیص بالذکر فلا ینفی ما عداہ
قال والمسلم بالذمی خلافا للشافعی رحمہ اللہ لہ قولہ علیہ السلام لا یقتل مؤمن
 بکافر ولانہ لا مساواة بینہما وقت الجنایة و کذا الکفر مبیح فیورث الشبهة

النصف منهم فتواصعوا علی ان العبد من بنی الضیر بمقابلة الحر من بنی قریظة والاثنی منهم
 بمقابلة الذکر من بنی قریظة فنزلت الآیة رد علیہم و بیان ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة لعبد
 والاثنی بمقابلة الاثنی من القبیلتین جمیعاً فکان اللام لتعریف العهد لا لتعریف الجنس وقولہ لان
 مبنی القصاص علی المماثلة فلنا القصاص یعتمد المساواة فی العصمة لا غیر ولهذا یقتل العاقل
 بالمجنون والعالم بالجاهل وهي ای العصمة بالذین ای عنده او بالدار ای عندنا ویستویان فیہما *

قوله وجریان القصاص بین العبدین یؤذن بانتفاء شبهة الاباحة هذا جواب من تعلیل
 الشافعی رحمہ فی غیر هذا الموضع بانه تمکن فی هذا الفعل شبهة الاباحة لان الرق اثر الکفر
 وحقیقة الکفر یمنع القصاص بین المسلم والکافر عند الشافعی رحمہ او یمنع القصاص بین المسلم
 والکافر المستأمن بالاجماع فکذا اثر الکفر و اثر الشیء یقوم مقام ذلک الشیء خصوصاً فیما
 یحتمل طیفیہ الا ترى انه اقیم اثر النکاح وهي العدة مقام النکاح فی منع نکاح الاخت وعدم جواز
 التزوج احتیاطاً کذا هنا لقیام اثر الکفر مقام الکفر فی درء القصاص وانه مما یحتال لدرئہ و یحتاط
 فی اسقاطہ فاجاب رحمہ ان جریان القصاص بین العبدین یؤذن بانتفاء شبهة الاباحة

قوله ولا مساواة بینہما وقت الجنایة لقولہ تعالی لا یستوی اصحاب النار واصحاب الجنة
 ولان الکفر من اعظم النقائص والکافر کالمیت لقولہ تعالی او من کان میتاً فاحیئہ ولا مساواة
 بین المیت من وجه و بین الحي من کل وجه والقصاص یتنی علی المساواة فاذا

انتفت المساواة بینہما لا یجب القصاص بخلاف الذمی اذا قتل ذمیاً ثم اسلم القاتل
 فعلیہ القصاص اتفاقاً لوجود المساواة بینہما وقت الجنایة ولهذا قید بقولہ وقت الجنایة

قوله وکذا الکفر مبیح فیورث الشبهة ای مبیح للقتل لانه من اعظم الجنایات فکان مؤثراً
 فی استدعاء القتل الذی هو نهاية العقوبات فاذا وجده ولم یبح لارض عقد الذمة (اورث)

ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للمغايرة **قال** ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

او رث شبهة كالمالك فانه مبيح للوطى فاذا وجد في الاخت رضا عاوم يبيح صار شبهة في ذمة الحد * **قوله** ولنا ما روي انه عليه السلام قتل مسلما بذمي وقال انا احق من ذمي بذمة، فالفعل نص والتعليل دليل على ان لا فرق بين ان يكون القاتل مسلما او ذميا ثم اسلم لانه عليه السلام اخبر ان الوجوب لذمة المقتول فكان فيه تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمي واستيفاء القود منه **قوله** ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف لانه بهذا الوصف استحق البقاء لانه يجب ان يكون قادرا على اقامة ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بان يكون محرم التعرض مدفوع اسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح بنفسه بل بواسطة كونه باعثا على الحراب فاذا سقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحا ولهذا قلنا ان كفر المرأة لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب لان بنيتها غير صالحة له **قوله** والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث شبهة اباحة القتل اذ لو اورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لا يجري بين الحريين وكذا لا يجري بين المستأمنين على جواب الاستحسان واما قوله عليه السلام لا يقتل المؤمن بكافر المراد منه الكافر الحربي المستأمن بدليل قوله ولا ذوعهد وهذا معطوف على المسلم اي ولا يقتل ذوعهد بكافرا ولا يقتل ذوالعهد بالكافر الحربي فلو كان المراد به الذمي لما صح جريان القصاص بين الذميين فان قيل جاز ان يراد بذي العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة فان قيل هذا ابتداء اي لا يقتل ذوعهد في مدة عهده قلنا المراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيق العطف (قوله)

ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا ويقتل المستامن بالمستامن قياسا لساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيع ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن ويناقض الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني *

قال ولا يقتل الرجل بانه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا بجمه ذبحا ولا نه سبب لحياته فمن المحال ان يستحق له افاوة ولهذا لا يجوز له قتله وان وجد في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والفصاض يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قربت ام بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط *

قال ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبرة ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى *

قوله ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا وهو قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده **قوله** لا يقاد الوالد بولده خص به عموم الكتاب لان الكتاب مخصوص بالاجماع فان المولى لا يقتص بعبد ولا بعبد ولده فيخص به ايضا وذكر الامام البزدوي رح ان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيصلح مخصصا وناسخا لحكم الكتاب **قوله** والقصاص يستحقه المقتول ولهذا يصح عفو المجرورح ثم يخلفه وارثه هذا جواب عما يقال انما يستقيم هذا التعليل ان لو كان المستحق هو الابن المقتول فاجاب ان حق القصاص يثبت للمقتول او لاثم يخلفه الوارث والابن ليس من اهل ان يستوجب ذلك على ابيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم وفي الاوضح انما يورث القصاص من المقتول لانه حق المقتول وقد تركه بالموت فيثبت لوارثه لقوله عليه السلام من ترك حقا او مالا فهو لوارثه بعد موته وهذا لان الحقوق على ضربين حق يتعلق بالمحل وهو الذي يبقى بعد الموت ويثبت للوارث لان الحق اذا تعلق (با)

قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة **قال** ولا يستوفي القصاص الا بالسيف ^{محرره} وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تجز رقبته لان مبنی القصاص على المساواة ولنا قواه عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح لانه فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم *

بالمحل يبقى ببقاء ذاك فيكون باقيا بعد الموت فاذا بقي بعد الموت يكون الميت تاركا له بعد موته فيثبت لوارثه لما ذكرنا من الحديث وحق يتعلق بالفعل وهو الذي لا يبقى بعد الموت ولا يثبت للوارث لان الحق اذا تعلق بالفعل فانما يبقى مادام الشخص باقيا اهلا لذلك الفعل وبالموت يخرج الشخص عن ان يكون اهلا للفعل فلا يبقى له فيه حق فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يمكن اثباته لورثته بعين ما ذكرنا من الدليل والقصاص من الحقوق التي تتعلق بالمحل لان نفس القاتل يصير ملكا للمقتول لقوله تعالى النفس بالنفس جعل النفس عوضا عن النفس بحرف الباء اذ هي للعوضيّة فلا يكون عوضا عنه الا اذا كان مملوكا له كالعوض الآخر واذا صار مملوكا له يكون القصاص حقا يتعلق بالموت فيورث بعد الموت لما ذكرنا بخلاف خيار الشرط وحد القذف اذا المذهب فيه حق الشرع والحق في خيار الشرط لا يتعلق بالمحل بل يتعلق بالفعل لانه عبارة عن ولاية الفسخ والشخص بالموت لا يبقى اهلا للفسخ فلا يكون الحق باقيا له بعد الموت فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يثبت لورثته وهذا الوجه انما يوافق مذهبهما فانه مذكور في متن الكتاب بعد ذلك وكذا في كتب اصول الفقه في باب الشهادة بالقتل ان القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله يثبت للورثة ابتداء *

قوله ومن ورث قصاصا على ابيه بان قتل الاب ام ابنه وورث الابن قصاصا امه على ابيه **قوله** ولا يستوفي القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه يقطع يد القاتل ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تجز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه (خمرا

قال واذا قُتل المکاتب عمد اولیس له وارث الا المولى وترك وفاء ^{منه} فله القصاص عند بی حنیفة وابی یوسف رح وقال محمد رح لا ارى فی هذا قصاصا لانه اشتبه سبب لاستیفاء فانه الولاء ان مات حرا والمملک ان مات عبدا وصار کمن قال لغيره یعننی هذه لجارية بكذا وقال المولى زوجها منک لا یحل له وطئها لا اختلاف السبب کذا نذا ولهما ان حق الاستیفاء للمولى یقین علی التقدیرین وهو معلوم والحکم متحد واختلاف السبب لا یفزی الی المنازعة ولا الی اختلاف حکم فلا یبالی به ^{نوب}

خمر حتى قتله او وطئ صغيرة او لا طبصبي فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي فيه ال بعضهم یجز رقبة ولا یفعل به مثل ما فعل وقال بعضهم یتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل یفعل به مثل ما فعل وفي الخمر یوجر الماء حتى یموت بحقیق المساءة ولنا قواه علیه السلام لا قود لا بالسيف ای لا قود یستوفی الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هکذا فهمت الصحابة بی الله عنهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه ولا قود الا بالسلاح وانما کنی بالسيف عن السلاح ولانه عل مستحق شرعا فیستوفی بالسيف کقتل المرتد وهذا لانه اما یستوفی المستحق بالطریق اذ یتیقن انه طریق له وجز الرقبة متیقن بانه طریق استیفاء القتل فاما قطع اليد فلا یكون طریقا لا بشرط السراية وهو موهوم وما یتعلق بالشرط لا یكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غیر قتل فلا یكون مشروعا فضلا من ان یكون مستحقا فهو اعتبار معادلة تقع ظلما انتهاء لانه اذا برأت ده یجز رقبة والفعل الثاني زیادة علی ما کان منه وهو حرام فیجب الحد عنه کما فی کسر العظم عمد فانه لا یجب القصاص اصلا الا فی السن لتوهم الزیادة فلان یسقط البعض منه ^{اولی} *

قوله ولهما ان حق الاستیفاء للمولى یقین علی التقدیرین ای علی تقدیر موته حرا وعلی تقدیر موته عبدا وهو معلوم ای المولى معلوم والحکم متحد وهو استیفاء القصاص واختلاف السبب لا یفزی الی المنازعة ولا الی اختلاف حکم فلا یبالی به ای باختلاف السبب کما اذا قال لمفراک علی الف من ثمن یبع وقال المقر له لا بل قرض یجب الالف علی المقر (قوله)

بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشبهه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوراث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى منعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة

قوله بخلاف تلك المسئلة أي المستشهد بها لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح لان حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكة وحل الاستمتاع تبع والتبع بمنزلة المعدوم والنكاح ثبت بالحل مقصود اقام يكن الاتفاق فيما هو المقصود والحكم بالحل من غير تعيين السبب يفضي الى المنازعة لان الحل بملك اليمين يستلزم غرامة اليمين والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر لا كذلك هنا لان استيفاء القصاص على التقديرين واحد **قوله** اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة فان علي قول علي وعبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا ادبت كتابته فيكون استيفاء القصاص لورثته وعلي قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا واستيفاء القصاص للمولى **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده يريد به انه لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالكتابة اما اذا كان في قيمته وفاء بالكتابة لا قصاص فيه ويجب قيمته على القاتل في ماله لان وجب اعمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يد العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا ههنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة انفع له لانه يحكم بحرية وحرية اولاده اذا ادعى بدل الكتابة من قيمته ولو وجب القصاص يموت عبدا ولا ينتفع بالقصاص ولما كان وجوب القيمة انفع كان القول به اولي *

(قوله)

بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا يفسخ بالعجز واذا قتل عبد اراهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع اراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يايه والاراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه **قال** واذا قتل ولي المعتوه فلا ييه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لا مر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيلبسه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفولان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا

قوله بخلاف معتق البعض يعني اذا مات عاجزا ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا قصاص لان بعجز المكاتب ينفسخ الكتابة وموت المعتق لا يوجب انفساح عتقه فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجزا **قوله** واذا قتل عبد اراهن الى آخره في بعض الفوائد المرهون اذا قتل عمدا لا يكون للاراهن القصاص الا اذا اجتمع المرتهن معه فاذا اجتمع فله القصاص في قول ابي حنيفة رحمه وقال محمد ليس له ذلك وهو رواية عن ابي يوسف وجد قول محمد رحمه ان للمرتهن يدا والاراهن ملكا فيضاف العبد بكتيبته الى هذا من وجه والى ذلك من وجه فلا يثبت الاستيفاء وان اجتمع عليه كعبد المكاتب اذا قتل لا يجب القصاص وان اجتمع المولى والمكاتب بخلاف المشترك حيث يجب اذا اجتمع المولى لان الملك لكل واحد منهما ثابت في النصف من كل وجه ولا يبي حنيفة رحمه ان الجناية وقعت على ملك اراهن من كل وجه الا انه لا ينفرد بالاستيفاء لما فيه من اسقاط حق المرتهن فاذا رضي سقط حقه واذا اقتصر سقط الدين لان القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فصارت المالية هالكة في ضمان المرتهن فيسقط الدين وعلى قوله يشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه نوع اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه اسقوط حقه والجواب عنه ان الاستيفاء وان تم بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود اما بالصالح او بدعوى الشبهة في لنتل فيصير خطأ **قوله** واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه فلا ييه اي لاب المعتوه اذا قتل ابن المعتوه فلا ب المعتوه وهو جدم المقتول ولاية استيفاء القصاص وولاية الصالح **قوله** لانه من الولاية اي لان (١)

(كتاب الجنایات ٠٠٠ باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه)

لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود ان يشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا التماس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو النشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاء بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولاولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه *

استيفاء القصاص من الولاية على النفس قبله كالانكاح ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص وذلك لان القصاص شرع انشفي الصدر والاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فلذلك جعل النشفي للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ ولما ان يصالح لكن هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية *

قوله لما ذكرنا اراد به قوله لانه من الولاية على النفس شرع لا مر راجع اليها وهو تشفي الصدر **قوله** وهذا من قبيله اي استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس **قوله** ويندرج تحت هذا الاطلاق وهو قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك **قوله** وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح اي عن النفس على المال اما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال لانه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال **قوله** لما فيه من الابطال اي ابطال حق المعتوه من القصاص والمال **قوله** والصبي بمنزلة المعتوه في هذا اي (اذا)

قال ومن قتل وله اولیاء صغار وكبار فلكبار ان یقتلوا الثقاتل عند ابي حنیفة رح وقال ليس لهم ذلك حتى یدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهما ولا يمكن استیفاء البعض لعدم التجزي وفي استیفاء ^{بالتكسر} الكمل ابطال حق الصغار فيوخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولیین وله انه حق لا یتجزى لتبوته بسبب لا یتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فیثبت لكل واحد كمالا كما فی ولاية الانكاح بخلاف الكبيرین لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولیین ممنوعة *

قال من ضرب رجلا بمرقته فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضى الله عنه وهذا اذا اصابه بحديد الحديد لوجود الجرح فكمّل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما یجب وهو رواية عن ابي حنیفة رحمه الله

اذا قتل قريب الصغير فلا یبیه ان یقتص ولدان یصالح وليس للوصي ان یقتص وذكر الامام التمر تاشي ولو قتل عبد الیتیم لم یکن للوصي ان یقتص واو كان الاب حیاله ان یقتص وله ان یصالح *

قوله ومن قتل وله اولیاء صغار وكبار بان كان المقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير **قوله** لعدم التجزي لانه تصرف فی الروح وذا لا یقبل الوصف بالتجزي **قوله** او كان بین المولیین ای احدهما صغيرا وكبير غائب فان كان الشریك الكبير اب الصغير فله ان یتوفى خلافا للشافعي رح فعنده ایس للاب ولاية استیفاء قصاص الصغير **قوله** ومسئلة المولیین ممنوعة ذكر فی الاسرار رواية فی عبد اعتقه رجلا ان ثم قتل او قتل وله مولیان ويجوز ان لا یثبت القتل لاحدهما الا اذا اجتمعا كما فی انكاح امة اعتقها رجلا او قبل الاعتاق لان كل واحد منهما مالک للنصف والولاية علی الشخص لا یثبت الا بالكل والكل لا یثبت الا بهما فقام مقام رجل واحد والواحد منهما كنصف رجل وشرط دله وفي فوائده مولانا حمید الدین عبدین مولیین واحدهما صغير قتل عمدا قال بعض مشائخنا عند ابي حنیفة رحمه الله له ولاية استیفاء القصاص * (قوله)

اعتبار امنه الآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضرب به بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس
المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا
بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح
وهي مسألة الموالاة له ان الموالاة في الضربات التي ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب
ولنا ما رويناه الا ان قتيلا خطأ العمد ويروي شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية
لان الموالاة تدستعمل للتأديب او اعلمه اعترافه التقيد في خلال الضربات فيعري اول الفعل
عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دائرة للقود فوجبت الدية *

قال ومن غرق صبيا او بالغيا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وقال يقتص
منه وهو قول الشافعي رح غير ان عندهما يستوفى جزاؤه عند غرق كما بيناه من
قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها مارة العمدية
ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا

قوله اعتبار امنه الآلة وهو الحديد فانه معد لذلك في الدنيا والآخرة قال الله تعالى وانزلنا
الحديد فيه بأس شديد وهو القتل وقوله تعالى ولهم مقامع من حدب **قوله** ولنا ما رويناه الا ان
قتيل خطأ العمد قتل السوط والعصا ولا يقال انه محمول على عدم الموالاة لانا نقول بان
اجراءه على اطلاقه اولى اذ فيه درء التصاص وهو مندوب اليه **قوله** ومن غرق صبيا
او بالغيا ذكره محمد رح الغريق بالماء مطلقا وهو على ثلاثة اوجه ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا
لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيرا الا انه يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد
عندنا وان كان الماء كثيرا ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر فهذا مسألة الكتاب كذا في بعض الفوائد
قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه اي المشافعي رح ولهما لكن للشافعي الاستدلال
بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول او للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب (١)

وفیه وفي کل خطأ ارش ولان الآلة غیر معدة للقتل ولا مستعملة فیہ لتعذرا استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان الفصاص ینبئ عن المماثلة ومنه یقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلیمین ^{معروض} ولا تماثل بین الجرح والغرق والدق لقصور النانی عن تخريب الظاهر وكذا لا یتماثلان فی حکمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثل نادر وما رواه غیر مرفوع وهو محمول علی السياسة وقد اومت الیه اضافته الی نفسه فیہ واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي علی العاقلة وقد ذکرناه واختلاف الروایتین فی الکفارة *

قال ومن جرح رجلا عمد اقل یزل صاحب فراش حتی مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما یبطل حکمه فی الظاهر فاضیف الیه **قال** واذا التقى الصفا من المسلمین والمشرکین فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرک فلا قود علیه وعليه الکفارة لان هذا احد نوعي الخطأ علی ما بیناه والخطأ بنوعیه لا یوجب القود ویوجب الکفارة وكذا الدية

القصاص والاستیفاء ولهما الاستدلال بهذا الحدیث فی وجوب القصاص وفي الاستیفاء لم یعملا بهذا الحدیث لقوله علیه السلام لا قود الا بالسیف *

قوله وفيه وفي کل خطأ ارش تنمة الحدیث **قوله** وما رواه غیره مرفوع وهو من غرق غرقناه او هو محمول علی السياسة **قوله** وقد اومت الیه اضافته ای اومت الی الحمل علی السياسة اضافه النبي علیه السلام فعل التغریق الی نفسه حیث قل غرقناه ولم یقل من غرق یغرق واختلاف الروایتین بالرفع وهو مبتدأ وقواه الکفارة خبره ای اختلاف الروایتین عن ابی حنیفة رح انما کان فی الکفارة لا فی الدية لان الدية واجبة من غیر تردد وبالنصب لا یکاد یصح لانه لم یذكر اختلاف الروایتین فی الکفارة قبل هذا الا ان یكون مراده ذکره فی کتاب آخر او مراده من اختلاف الروایتین اختلاف القولین وقد ذکر قبل هذا حیث قال وموجب ذلک علی القوا ین الاثم لانه قتل وهو قاصد فی الضرب والکفارة لشبهه بالخطأ وفي الايضاح بعد ما قال فی شبه العمد الکفارة وجدت فی کتب اصحابنا ان لا کفارة فی شبه العمد عند ابی حنیفة رح **قوله** احد نوعي الخطأ وهو الخطأ فی التصدد *

على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه
قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلفين فان كان في صف
المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم *

قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي
ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد اكونه هدر في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه
هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحم
يغسل ويصلي عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلي عليه وفي شرح السير
الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب التجنيس والمزيد
فلم يكن هدرامطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت
ثلاثة اجناس فكان النفس تلت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه
فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم بالصواب *

قوله على ما نطق به نص الكتاب وهو قوله تعالى وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ
مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ **قوله** ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة
في حرب احد وظنه المسلمين حربيا **قوله** وفي النوادر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
يغسل ويصلي عليه هذا اثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلي عليه صار
كانه مات حتف انفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما اما عند ابي يوسف رحمه الله
فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلي عليه و صار بمنزلة الباغي ولو كان فعله
هدرا اصلا كنهش الحية وام يكن جناية مع كونه مقتولا حقيقة لكان شهيدا او يسقط غسله
فلم يكن فعله هدرامطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاسد والحية هدر في الدنيا والآخرة
وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه
ثلث الدية والله اعلم بالصواب *

فصل

قال ومن شهر علی المسلمین سیفا فعلیهم ان یقتلوه لقوله علیه السلام من شهر علی المسلمین سیفا فقد اطل دمه ولا نه باغ فتسقط عصمته ببغیه ولانه تعین طریقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعلیهم وقول محمد ریح فی الجامع الصغیر فحق علی المسلمین ان یقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنی وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغیر ومن شهر علی رجل سلا حالبلا ونهارا او شهر علیه عصا لیلانی مصرا ونهارا فی طریق فی غیر مصر فقتله المشهور علیه عمدا فلا شیء علیه لما بینا وهذا لان السلاح لا یلبث فیحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغیر وان کان یلبث ولكن فی اللیل لا یلحقه الغوث فیضطر الى دفعه بالقتل وكذا فی النهار فی غیر المصر فی الطريق لا یلحقه الغوث فاذا قتله کان دمه هدرا قالوا فان کان عصا لا یلبث یحتمل ان یكون مثل السلاح عندهما *

قال وان شهر المجنون علی غیره سلا ح فقتله المشهور علیه عمدا فعليه الدية فی ماله وقال الشافعی ریح لا شیء علیه وعلى هذا الخلاف الصبی والدابة وعن ابي یوسف ریح انه یجب الضمان فی الدابة ولا یجب فی الصبی والمجنون للشافعی رحمه الله انه قتله دافعا عن نفسه فیعبر بالبالغ الشاهر ولا نه یصیر محمولا علی قتله بفعله *

فصل

قوله فقد اطل دمه ای اهدر وقوله فعلیهم وقوله فحق علی المسلمین ان یقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنی وجوب دفع الضرر ای انما وجب القتل لان دفع الضرر واجب **قوله** وفي سرقة جامع الصغیر الى آخره وانما ذکر هذه لزیادة بیان فیها مالیس فی قوله ومن شهر علی المسلمین سیفا فعلیهم ان یقتلوه وهو قوله فلا شیء علیه وانما ذکر هذه الفائدة وهوان من الجائزان یجوز قتله وعليه الضمان کما فی قتل الجمل الصائل واکل مال الغير حالة الخمصة فقال فلا شیء علیه لدفع هذا الوهم **قوله** لما بینا اشارة الى ما ذکر (من الحديث)

فأشبه المکره ولأبي یوسف رح ان فعل الدابة غیر معتبرا صلا حتى لو تحقق لا یوجب الضمان
 اما فعلهما معتبر فی الجملة حتى لو حققا یجب علیهما الضمان وكذا عصمتهاما لحقهما وعصمة
 الدابة لحق مالکها کان فعلاهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولما أنه قتل شخصا معصوما أو تلف
 ما لا معصوما حقا للمالک وفعل الدابة لا یصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهاما حقهما لعدم
 اختیار صحیح ولهذا لا یجب القصاص بتحقیق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختیارا
 صحیحا وانما لا یجب القصاص لوجود المبیح وهو دفع الشر فنجب الدية *

قال ومن شهر علی غیره سلا حافی المصرف ضرب به ثم قتله الآ خر فعلى النازل العصاص معناه
 اذا صربه فاصرف لانه خرج من ان یكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته *
قال ومن دخل علیه غیره لبلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء علیه لقوله علیه السلام

من الحديث والمعقول فان قيل قوله فی الحديث فقد اطل دمه يدل على الاباحة فقط فكيف
 يتمسک به على الوجوب قلنا لما اهدر دمه صار ملحقا بالكافر الحربى المحارب فيكون قتله
 واجبا لكن لا لعین القتل بل لدفع الضرر حتى لو امکن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله والدلیل
 على ان قتله واجب ان المباح ما استوی طرفاه ولا یائى التارك بتركه وهما لو ترك المشهور
 علیه قتل الشاهر مع امكانه یكون أنما فدل انه واجب *

قوله فأشبه المکره صورته ان رجلا اکره غیره بالسلاح على ان یقتله وتحقق عند المکره انه
 لو لم یقتله لقتله هو فقتله فلا شيء علیه ولا یقال بان عند الشافعى رح یجب القصاص على المکره
 فكيف یصح الاستدلال لانا نقول انما یجب القصاص عندة على المکره اذا كان المقتول غیر
 المکره فاما اذا اکرهه المکره على قتل المکره فقتله فلا رواية فيه وبمحتمل ان لا یجب القصاص
 عندة هم لان المکره اسقط عصمة نفسه بالاکراه فلا یجب القصاص بقتله بخلاف ما اذا كان
 المقتول غیر المکره لان المقتول ثم معصوم فافتقر **قوله** ولهذا لا یجب القصاص بتحقیق
 الفعل منهما اي على الشاهر وهو الصبی والمجنون **قوله** فضر به ثم قتله اي فضر به (الشاهر)

قاتلٌ دون مالک ولا نه یباح له القتل دفعا فی الابداء فكذا استرداداً فی الانتهاء وتاویل المسئلة اذا كان لا یتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم *

باب القصاص فیما دون النفس

قال ومن قطع ید غیره عمداً من المفصل قطعت یده وأن كانت یده اکبر من الید المقطوعة لقواه تعالی والجروح قصاصٌ وهی نبی عن المماثلة فكل ما امکن رعايتها فيه یجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امکن فی النطح من المفصل فاعتبر ولا معتبر بکبر الید وصغرها لان منفعة الید لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لا مکان رعاية المماثلة **قال** ومن ضرب عین رجل فقلعها لا قصاص علیه لامتناع المماثلة فی القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءه فعليه القصاص لا مکان المماثلة علی ما قال فی الكتاب تحمی له المرأة وتجعل علی وجهه فطن رطب وتقابل عینه بالمرآة فیذهب ضوءها

الشاهر فانصرف ثم قتله المشهور علیه فعلى القاتل القصاص هذا اذا ضربه الاول وكف عن الضرب علی وجهه لا یر بد ضربه ثانياً لانه لما شہر حل دمه دفع الشره فلما لم یقتله وكف عنه اندفع شره ومادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصاً معصوماً من غیر دفع ضرر فلزمه القصاص *

قوله قاتل دون مالک ای لاجل مالک **قوله** وتاویل المسئلة اذا كان لا یتمكن من الاسترداد الا بالقتل اما اذا امکنه بطریق آخر كالتهديد والصیاح علیه یكون القتل مضموناً والله اعلم *

باب القصاص فیما دون النفس

قوله والجروح قصاص ای ذات قصاص فی شرح الاقطع فقتضت الآیة ثبوت القصاص فیما دون النفس وفی الايضاح فصار القصاص فیما دون النفس مشروعا بهذه الآیة والمماثلة معتبرة من حیث سلامة الاجزاء ولعظ القصاص ینبى عن هذا **قوله** لامتناع المماثلة فی القاع لانها اذا قورت فقد تعدوا اعتبار المماثلة لانه لیس له حد معلوم ومن الجائز ان یكون الثاني زائداً (قوله)

وهو ما ثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم *
قال وفي السن القصاص لقوله تعالى وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ وَإِنْ كَانَ سِنٌّ مِّنْ يَّقْتَصُّ مِنْهُ أَكْبَرُ مِنْ سِنِّ
 الْآخِرِ لَانْ مِنْفَعَةُ السِّنِّ لَا تَنْتَفَاوُت بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ **قال** وفي كل شجرة تتحقق فيها المماثلة القصاص
 لما تلوناه **قال** ولا قصاص في عظم الآ في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه
 وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار
 المماثلة في غير السن متعذرا لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع
 من اصله بقلع الثاني فيماتلان **قال** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه
 العمد يعود الى الآلة والقيل هو الذي يختلف باختلاف ما دون النفس لانه لا يختلف
 اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس
 الله العليم

قوله وهو ما ثور عن جماعة من الصحابة هذه حادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه
 فسأل الصحابة عنها فلم يكن عندهم جواب فحضر علي رضي الله عنه فسأله فاجاب بهذا فقضى
 عثمان بهذا ولم ينكر احد من الصحابة فصار اجماعا منهم **قوله** ولا قصاص في عظم الا
 في السن هذا اللفظ مروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام
 لا قصاص في العظم والمراد غير السن لقوله تعالى السِّنُّ بِالسِّنِّ يُوْخَذُ الثَّيْبَةُ بِالثَّيْبَةِ النَّابُ
 بِالنَّابِ وَالضَّرْسُ بِالضَّرْسِ وَالْأَعْلَى بِالْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ بِالْأَسْفَلِ لما في خلاف ذلك من
 الاخلال بالمماثلة وبين الاطباء كلام في السن انه عظم او طرف عصب يابس فمنهم
 من ينكرون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام النخاعة فعلى هذا الاجابة الى الفرق بينه
 وبين سائر العظام منى ثبت انه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم ففي سائر العظام لتعذر اعتبار
 المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد ههنا لانه يمكن ان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا
 اذا قلع السن فانه لا يقلع منه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثانية ولكن
 يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن *

ولا بین الحر والعبد ولا بین العبدین خلا فالشافعی رح فی جمیع ذلك الا فی الحر الذی یقطع طرف العبد ویعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف یسلک بها مسلك الاموال فیعدم التماثل بالتفاوت فی القيمة وهو معلوم قطعا بتقویم الشرع فامکن اعتباره بخلاف التفاوت فی البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ویجب القصاص فی الاطراف بین المسلم والكافر للتساوي بينهما فی الارش

قوله ولا بین الحر والعبد ولا بین العبدین ای فیما دون النفس **قوله** ولنا ان الاطراف یسلک بها مسلك الاموال لان الاطراف خلقت وقایة للانفس کالمال وعن عمران بن حصین انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم اغنیاء فاختصهوا الی رسول الله ص لم یقض بالقصاص فعلم انه لا قصاص فی الطرف فان قیل قوله تعالی **وَالْعَيْنِ وَالْاَنْفِ وَالْاُذُنِ بِالْاُذُنِ** مطلق بتناول مواضع النزاع فیکون حجة علیکم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء یجوز تخصیص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بماروینا **قوله** فیعدم التماثل بالتفاوت فی القيمة الاصل فی جريان القصاص فیما دون النفس اعتبار المماثلة فی الفعل والمحل المأخوذ بالفعل لان المماثلة فی ضمان العدوان منصوص علیه فیجب اعتبارها فان قیل التفاوت یمنع استیفاء الكامل بالناقص ولا یمنع استیفاء الناقص بالكامل فان الید الشلاء تقطع بالصحیحة اذا رضی صاحب الحق بالنقصان قلنا شرع القصاص فی الاصل یعتمد المساواة فان کان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثی والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانقضاء محله وان کان التساوي فی الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض کان القصاص مشروعا فیمتنع استیفاء الكامل بالناقص دون عکسه اذا رضی به صاحب الحق فان قیل یشكل بما اذا قطع عبد ید عبد و قیمتها سواء ومع ذلك لا یجری القصاص عندکم قلنا لان طریق معرفة القيمة بالخمر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا یثبت بطریق الظن والخمر **قوله** وهو معلوم قطعا بتقویم الشرع فان الشرع قوم الید (١)

قال ومن قطع بـ رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني ^{ببرء} الى الهلاك ظاهر **قال** واذا كانت يد المقتوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقتوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كمالا متعذر فله ان يتجاوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلّي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاه ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كذا اذا رضي بالردّي مكان الجيد ولو سقطت المروفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت يده ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في الاصاص وانما ينتقل الي المال باختياره فيسقط بغواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سامة له معنى *

الواحدة للحر بخمسائة دينار قطعاً وبقينا ولا يبلغ قيمة العبد الى ذلك ولو باغت انه يبلغ بالخرز والظن فلا يكون مساوية ليد الحريقينا فينعدم التماثل *

قوله لانه لا يمكن اعتبار المماثلة لانه ليس له حد معلوم ومن الجائز ان يكون الثاني اذا **قوله** كالمثلّي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف يعني لم يبق منه الا ناقص الصفة كان المالك بالخيار ان شاء اخذ ناقصا وان شاء عدل الى القيمة كذا هنا فيسقط حقه كما اذا رضي بالردّي مكان الجيد وقال الشافعي رح يضمنه لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفى ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا انه رضي باستيفاء الحق ناقصا والعائت كالوصف والوصف منفرد عن الاصل غيره ضمون فسقط حقه في الوصف **قوله** فلا شيء له عندنا وعند الشافعي رح له الارش لان حده المال ضمان اصلي كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين الآخر **قوله** فصارت سامة له معنى فان قيل يشكل بما اذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه فلا يستحق المقتوع وان لم يسلم يد القاطع له معنى قلنا انما لم يسقط ثم (وان)

قال ومن شجر رجلا فاستوعبت الشجرة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أي الجانبين شاء وان شاء اخذ
الارض لان الشجرة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادة قها وفي استيفائه ما بين قرني
الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج
فينتقص فيخير كما في السلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيلاء كمالا

وان لم توجد السلامة لمعنى آخر وهو انه اتلف محلا تعلق به حق الغير فصار ضامنا كما
في العبد الرهن اذا اتلفه الراهن ونصاب الزكوة اذا اتلفه المالك بعد وجوب الزكوة
فلا يكون قادح لما ذكرنا من المعنى *

قوله ومن شجر رجلا فاستوعبت الشجرة ما بين قرنيه أي ناحيتي رأسه وهي لا تستوعب
ما بين قرني الشاج لكون رأس الشاج اكبر من رأس المشجوج فاذا شج ما بين قرني الشاج
مقدار شجته ويبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجرة فيه فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص
مقدار شجته وان شاء اخذ الارش وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي
ان له ان يستوفي ما بين قرني الشاج وان كان اوسع اعتبارا باليد فان الكبيرة تقطع بالصغيرة
والجواب ان القصاص في الشجرة انما ثبت لاجل الشين الذي يتعلق بها لاجل المنفعة
ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان والشين يزداد بزيادة الشجرة والقصاص
في اليد لتغيب المنفعة والصغيرة كالكبيرة فيها **قوله** وفي عكسه يخير ايضا أي لو كان رأس
المشجوج اكبر من رأس الشاج يخير ايضا لانه لو استوفي المشجوج مثل حقه في المساحة مما
بين قرني الشاج كان هذا الزيد في الشين من الاول لان تلك المساحة لم يأخذ ما بين
قرني المشجوج لكبر رأسه وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فيزداد في الشين
وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دون حقه في المساحة فيخير ان شاء اخذ
الارض وان شاء اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دونه في المساحة * (قوله)

للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى
 قفاه ولا يبلغ الى قفاه الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف *
قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكرو عن ابي يوسف رحمه الله ان قطع من اصله يجب لانه يمكن
 اعتبار المساواة وانما انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع
 معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف
 الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا
 استقصاها بانقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

قال واذا اصاب طمخ القاتل اولياء القاتل على مال سقط القصاص ووجب المثل قليلا كان او كثيرا
 لقوله تع فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عم من قتل له
 قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة
 يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لا شتما له على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي
 والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان
 لم يذكر واحدا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعتد فالاصل في امثاله الحلول نحو المهر
 والتمن بخلاف الدية لانه ما وجبت بالعتد **قال** وان كان القاتل حرا وعبد افاصر الحرة ومولى
 العبد رجلا بان يصلح عن دمه ما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان

قوله للتعدي الى غير حقه اي في مقدار الشين لاني قدر الشجة والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله نزلت الآية في الصلح تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد
 رضي الله عنهم فمن اعطي له على سهولة واريد به ولي القاتل يقال خذ ما اتاك (عفوا)

لان عقد الصلح اضيف اليهما وَاذا عفا احد الشركاء من الدم او صلح من نصيبه على عوض سقط حق الباقي من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية

عفا اي سهلا من اخيه اي من جهة اخيه المقتول شيء اي شيء من المال بطريق الصلح ويكره لانه مجهول القدر فانه مقدربا ترا ضيا عليه فاتباع بالمعروف اي فله اتباع اي فلولي القتل اتباع المصالح بالمعروف اي مطالبة ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وَاَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ اي وعلى المصالح اداء الى ولي القتل باحسان في الاداء وقال جماعة وهو مروي عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم الآية في عفو بعض الاولياء وبدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي له وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقي مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليود القاتل الى غير العافي حقه وافي غير ناقص واريد بالمصدر في قوله فاتباع واداء اليه الامر بهذا الفعل كما في قوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ وقوله من قتل له قتيل الحد يث تمامه فَاهْلُهُ يَتَيْنَ خَيْرَتَيْنِ إِنْ شَاءُوا أَقْدُوا وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ كَذَا فِي الاسرار والمراد والله اعلم الاخذ برضاء القاتل لما بينا ان ليس لولي القتل العدول عن القصاص الا برضاء القاتل *

قوله لان عقد الصلح اضيف اليهما لان الواجب بدل عن القصاص والقصاص عليهما على السواء فيقسم البدل عليهما على السواء كرجلين اشترى اعبدا كان الثمن عليهما على السواء لان الثمن بدل العبد وقد ملكاه على السواء فبدله كذلك فان قيل يجب ان يكون الالف عليهما على قدر قيمتهما لانه بالصلح اشترى كل واحد منهما منه المستحق لولي القتل كمن خالع امرأته على الف درهم تقسم الالف عليهما على قدر قيمة بضعهما قلنا الالف بدل دم المقتول وهما في اتلافه على السواء وفي الخلع بدل بضعهما فيقسم على قيمة بضعهما * (قوله)

كتاب النكاح باب القصاص فيما دون النفس... فصل

وأصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لما لك والشافعي رحمهما الله في الزوجين ولهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لا نقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم

قوله وأصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لما لك والشافعي رح هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما وفي المبسوط ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه عندنا وقال مالك رح لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا وكذا في عامة الكتب التخصيص بالدية ثم قال في المبسوط وكذلك ثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص التخصيص بقول ابن ابي ليلى في الخلاف بوذن بان لا خلاف لما لك في القصاص وفي بعض الفوائد التخصيص على خلاف مالك في الدية لاينا في خلافه في القصاص بل ينبغي ان يكون له فيه خلاف بالطريق الاولى لان الدية مال والمال مما لا خلاف فيه ان الزوج والزوجة يرثان فلما لم يرث مالك فيه الارث فلان لا يرى في القصاص لهما بطريق الاولى وفي الاسرار القصاص يستوفيه الرجال والنساء وقال الشافعي رح لاحظ للنساء في الاستيفاء ولهن حق العفولان المرأة ليست من اهل القتل لضعفهن ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا تضرب عليهن الجزية الواجبة مكان القتل فصارت في حق استيفاء القصاص كالصغير وان كانت كبيرة واكنها تملك العفولانها كبيرة كما قلت ان المرأة لا تملك انكاح نفسها وتملك الرد اذا انكحت بغير اذنها **قوله** ولهما ان الوراثة خلافة وهي بالسبب دون السبب لا نقطاعه بالموت ولا يقال هذا التعليل يقتضي ان لا يرث الزوجان احدهما عن الآخر المال ايضا لانقطاع السبب بالموت فانا وقع عندهما ان الدية انما يجب بعد الموت بخلاف سائر الاموال فان حق الورثة تعلق بماله في ابتداء مرض الموت حتى نفذ تصرفه في ثلث المال لافي الثلثين وبالموت يتقرر ما يتعلق بموته فيستوي في ارثه جميع الورثة واما الدية فوجوبها بعد الموت (لا)

المصابي من قتل زوجها أشيم ولأنه حق يجري عليه الارث حتى إن من قتل وله ابنان
فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصليبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية
تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح
واذا ثبت للجميع فكل واحد منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصالحا ومن ضرورة
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل
رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لا اختلاف القتل
والمقتول وهما واحد لا اتحادهما واذا سقط القصاص ينتقل نصيب الباقيين مالا لانه
امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه
ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين فيما اذا كان
بين الشريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ

لا غير وحال وجوبه لم يبق السبب وهو الزوجية فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد منهما
من الآخر عندهما وانا نقول الدية تجب للميت او لاثم تثبت للورثة ولا تقع للميت الابان يستند
الوجوب الى سببه وهو الجرح كمن رمى الى صيد فمات ثم اصاب السهم الصيد فانه يورث
منه كسائر امواله لهذا المعنى ولو اوصى بثلث ماله يدخل فيه الدية ايضا وروي عن علي
رضي الله عنه انه كان يقسم الدية علي من احرز الميراث *

قوله الصباي بكسر الصاد المعجمة **قوله** امتنع بمعنى راجع الى القاتل وهو ثبوت العصمة
للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كما في الخطأ فان العجز عن القصاص ثم
لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا وروي ان هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضي الله عنه
فشاور فيها ابن مسعود رضي الله عنه فقال ارى هذا قد احيا بعض نفسه فليس للآخر ان
يتلفه فامض عن عمر رضي الله عنه القضاء علي وفق رأيه **قوله** وقال زفر رحمه الله يجب

(قوله)

في سنتين الثلث في سنة والسادس في سنة *

(كتاب القصاص: باب القصاص من قتل النفس . . . فصلان)

ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في البدل كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد *

قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرة للسفهاء فيجب تحقيقا للحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضروا احدهم قتل له وسقط حق الباقيين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقر عينهم فيقتل لمن خرجت فرعته لانه الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حق قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول لانه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص

قوله ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه هذا كالألف اذا كانت مؤجلة الى ثلث سنين كان كل درهم منها مؤجلا الى ثلث سنين **قوله** لو تمالأ اهل صنعاء اي تعاون اصله من المملأ والملااة في الاصل المعاونة في الاستقاء من البشر بالدلو ثم عم فصار مستعملا في مطلق المعاونة روي ان سبعة قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلهم فان قيل ما روي عن عمر رضي الله عنه ان يكون بطريق السياسة فكيف يصح استدلالكم به على وجوب القصاص قلنا القصاص واجب بالنص في القتل العمد وقد وجد من كل واحد منهم قتل اذ المسئلة فيما اذا جرح كل واحد منهم جرحا مزهقا بخلاف قطاع الطريق لان هلك القتل بالمعاونة فاما ههنا يشترط الجرح من كل واحد منهم فاذا كان القصاص ثابتا بالنص فلا يمكن حمل اثره على السياسة فيكون معناه بيان المسئلة بالمماثلة وازالة الشبهة **قوله** ولنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتيل قاتل اي فصا بوصف الكمال **قوله** اصله اي اصل ثبوت التماثل الفصل الاول وهو ما (اذا)

ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للانزهاق فيصاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكفي به *

اذا قتل جماعة واحد افا الجماعة يقتلون بالواحد بالا جماع يعني ان الجماعة اذا قتلوا واحدا
اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال ولولا هذا لما وجب القصاص فكذا اذا وقع القتل
جزاء جعل كل واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال فان قيل الفرق بينهما ثابت بانا انما اوجبنا
القصاص على الجماعة بقتل الواحد لرد غلبة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة وهذا
لا يوحد فيما نحن فيه قلنا لا كذلك بل المماثلة مرعية في القصاص ثم الزيادة في العدد ابلغ
من الزيادة في الوصف فاذا كان لا يقتل المسلم بالمستاهن وعلى قوله بالذمي والحرب العبد
لانعدام المماثلة مع الحاجة الى رد غلبة القتل بغير حق فلان لا تقتل العشرة بالواحد
اولى وكذلك في كل موضع يتعدى اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يجب القصاص
والحاجة الى رد غلبة الجناية هنا بغير حق بتحقيق ولكن توهم الزيادة يمنع النصاص فتحقق
الزيادة لان يمنع من ذلك كان اولى فعرفنا انه انما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة
وبيان ذلك ان القتل مما لا يحتمل التجزي واذا اشترك الجماعة فيه لا يحتمل التجزي
فاما ان ينعدم اصلا او يتكامل في حق كل واحد منهم كانه ليس معه غيره ولم ينعدم ههنا
بالاتفاق فعرفنا انه تكامل كل واحد منهم قاتلا بمنزلة الاولياء في التزويج يتكامل الولاية
لكل واحد منهم وفي هذا المعنى ان القتل الذي هو عدوان والتتل الذي هو جزاء سواء فان
الاولياء اذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلا بكماله *

قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح اي من كل واحد من الاولياء وذلك لانهم
لما حصر واوقضى القاضي اما ان يستوفوا بانفسهم جميعا او يوكل بعضهم بعضا في حقه او يوكلوا
غيرهم فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل فيكون الجرح الصالح للانزهاق وجودا من كل واحد
قوله شرع مع المنافي وهو قوله عليه السلام الآدمي بنيان الرب * (قوله)

قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني وبناؤنا عليه خلاف الشافعي رحمه الله اذا الواجب احدهما عنده * **قال** واذا قطع رجلان بدرجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكيना وامراة على يده حتى انتطعت له الاعتبار بالنفس والايدي ثابتة لهما فاخذت حكمهما او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانتطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ يضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزئ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذر الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز النذرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحظه الغوث *

قوله والمفروض اذا اخذا سكيना وامراة على يده حتى انتطعت يده اي صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رح فيما اذا اخذا سكيना واحدا ووضعاه في جانب واحد من يده وامراة على مفصل يده حتى ابانا يدها مالو وضع احدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر وامراحتي التقى السكينان لا يجب القصاص عنده ايضا وهذا بخلاف النفس فانه اذا وضع احدهما السكين على حلقه والآخر على قفاه وامراحتي التقى السكينان يجب القصاص عليهما لان القتل ازهاق للحياة وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ فيضاف الى كل واحد منهما كمال **قوله** ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان القطع هو الفصل بين المتصلين ونحن نتيقن ان الفصل هنا بقوة كل واحد منهما وان ما انتطع بفعل احدهما لم ينتطع بفعل الآخر ولا معتبرا بامرار كل واحد منهما السكين على جميع العضولان امرار السكين من غير قطع به وجودة كعدمه ويكون كل واحد منهما قاطعا بعض اليد فلا يقطع جميع يده بقطعة بعض اليد لا بشرط التماثل والقياس في النفس هكذا وانما تركناه بالانزهاق لاجتماع وهذا ليس في معاها حتى يلحق بها لان الفعل في النفس لا يوصف بالتجزئ لانه تصرف في الروح ولا يتصور انزهاق (بعضه)

قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعان وان قطع واحديمنى رجلين فحضر
 فلهما ان يقطعايدة يأخذ امنية نصف الدية يقتسمان به نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب
 وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يترع لان اليد استحقتها الاول فلا يثبت
 الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تقبى بالحقين فترجح بالقرعة
 ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك
 الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلوعه فلا يمنع ثبوت الثاني
 بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق
 رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا خر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي
 لنبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فبتعين حق الآخر في الدية

بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد كمالا ضرورة عدم التجزى اما الفعل في
 الطرف فيوصف بالتجزى الا ترى انه يتحقق ان يقطع بعض اليد ويترك ما بقي فيجعل
 كل واحد منهما قاطعا للبعض *

قوله وان قطع واحديمنى رجلين اما قيد يمينى رجلين لانه لو قطع يمين رجل وبسار آخر يقطع
 يداه لهما وكذلك اذا قطعهما من واحد **قوله** كالرهن بعد الرهن رهن شيئا من انسان وسلمه اليه ثم
 رهنه من آخر لم يصح الثاني **قوله** ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو القطع المحسوس وكونه
 مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني فلا يمنع نبوت حكمه الا ترى ان ملك
 المولى في عبدة لا يمنع وجوب الفصاص عليه اذا تقرر سببه والحق دون الملك **قوله** والقصاص
 ملك الفعل يعنى ان القصاص عبارة عن اطلاق الفعل والاطلاق في الفعل لا يقتضي
 حقا في المحل كما في الاصطیاد والاحتشاش فان الفعل مملوك والمحل خلوعه فلا يمنع ثبوت
 الثاني بخلاف الرهن لانه لثبوت يد الاستيفاء حكما فاذا ثبت للاول استحالة ثبوته للثاني كما
 في الاستيفاء الحقيقي **قوله** لنبوت حقه وتردد حق الغائب يعنى ان محقه ثابت في اليد (و)

لأنه أوفى به حقا مستحقا **قال** وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح
 اقراره لأنه يلاقي حق المولى بالابطال نصاركما إذا أقر بالمال ولنا أنه غير منهم فيه لأنه
 مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالأدوية حتى لا يصح
 اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به
 ومن رمى رجلا عمد افنعد السهم منه الي آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني
 على عاتقه لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا

ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهوم عسى ان يعفو وعسى ان لا يحضر فلا يرد الاستيفاء المعلوم
 بمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآ خر غائب يقضى بالجميع له لهذا المعنى *
قوله لأنه أوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر
 بالارش بخلاف النفس فان هناك لو استوفى احدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له
 بشيء لان حقه في الاستيفاء فات بغيبته فانهما اذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا
 على الكمال فلا يجب معه الدية وليس في الطرف الواحد وفاء بحقوقهما فانما تعذر على الثاني
 الاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه توضيحه ان في النفس وان قضى بها حقا مستحقا
 لا يمكن جعلها سائلة له بعد موته فلا يمكن تقويم نصيبه عليه بعد وفاته وفي الطرف يمكن ان يجعل
 كاسالم له وان يقوم عليه ذلك حين قضى حقا مستحقا عليه لانه كالحابس لطرفه حكما فلهذا يقضى
 للثاني بالارش **قوله** وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود قيد بالعمد لانه لو أقر العبد بقتل
 الخطأ لا يجوز سواء كان مأذونا ومجورا وفي باب اقرار المحجور والمملوك من اقرار
 المبسوط ولا يجوز اقرار العبد التاجر الا جنبي بجناية ليس فيها قصاص لان هذا ليس من
 التجارة والاذن فك أحجر عنه في التجارة ففيما ليس بتجارة المأذون والمحجور سواء لانه يضر
 على مولاه فان جناية العبد لا يوجب عليه شيئا بل وجب على مولاه الدفع والفداء واقرار
 العبد على مولاه باطل وإذا أقر بقتل عمد جاز اقراره وعليه القصاص لانه يضر به على (نفسه)

والفعل يتعدد بتعدد الاثر والله اعلم بالصواب *

فصل

ومن قطع يدرجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تنميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بهض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو ام يتخلل وقد تجانسaban كانا خطاين بجمع بالا جماع لا مكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده

نفسه فان المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبقي على اصل الحرية ولان المولى لا يملك الاقرار وفيما لا يملكه المولى على عبده فالعبد بمنزلة الحر كطلاق زوجته يصح اقراره به كما يصح ايقاعه وكذلك اذا اقر على نفسه بسبب موجب للحد *

قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر لان الرمي الواحد جازان يتعدد بتعدد آثارة فان الانسان اذا ارسل سهمين رميا واذا امزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحا واذا اصاب ومات يسمى قتلًا واذا اصاب كوزا وفرق تركيبة يسمى كسرا واذا انفذ السهم الى غير المرمى اليه صار بمنزلة فعل آخر وهو فيه مخطى فيجب الدية والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله ومن قطع يدرجل خطأ ثم قتله عمدا الى آخره اعلم انه لا يخلو القطع والقتل من ان يتخلل بينهما برء ولا فان تخال بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل احدهما في الآخر حتى لو كانا عمدين فللولي القطع (و)

كتاب الجنایات . . . باب القصاص فيما دون النفس . . . فصل (

ن شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقلا يقتل ولا تقطع
يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ^{وهو مقتضى} ولان الجمع متعذرا ما
للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون
القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذرا ولان الجز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر
من شخصين بجب القود على الجاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل
واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

والقتل وان كانا خطائين بجب دية ونصف دية وان كان احدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع
عمدا والقتل خطأ بجب في اليد القود وفي النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا بجب في اليد
نصف الدية وفي النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان احدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر كال
فعل على حدة فيجب في الخطاء الدية وفي اعمد القود وان كانا خطائين يعتبر الكل جناية واحدة اقا
فيجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند ابي يوسف ومحمد رح يقتل ولا تقطع وعند ابي حنيفة رح
للولي الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر وروي عن نضر بن
سلام انه كان يقول الخلاف فيما اذا قطع يده في مجلس وقتله في مجلس آخر اما اذا وجداني مجلس
واحد يقتل ولا تقطع يده عندهم ويجعل الجنائتان بسبب اتحاد المجلس جنة واحدة *

قوله فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال شمس الائمة السرخسي رح
اشارهنا الى ان الخيار الى الامام عند ابي حنيفة رح يعين ايها شاء قال رح وليس كذلك
بل الخيار للولي لان القصاص حقه وانما الخيار للامام في فصل قطاع الطريق عنده اذا قتلوا
واخذوا المال كذا في الاسرار وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي **قوله** وله ان الجمع متعذر
للاختلاف بين الفعلين اذ الطرف يسلك به مسلك الاموال بخلاف النفس **قوله** وهو متعذر
في القود يعتبر المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وحصول
المساواة متعذرا في الجمع **قوله** اولان الجز يقطع اضافة السراية الى القطع لان (المحل)

ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان * **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لا برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكمه عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر يجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل فعنا المقطوعة يد عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية فيءاله وان عفا عن النطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات

المحل يفوت به ولا يتصور السراية بعد فوت المحل حتى لو صدر القطع والجز من شخصين يجب القود على الجاز دون القاطع ولو لم يكن الجز قاطعا لسراية القطع لوجب القود عليهما فصار كتحال البرء بخلافه اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطئين لان الموحب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة بدليل ان عشرة لو قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة وان تعدد الفعل لاتحاد المحل وان قتلوا رجلا عمدا قتلوا جميعا به لان التصاص جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الفعل *

قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل ارش الجراحة لا يتقرر الا عند تقرر حالها بالبرء ومنها انما يتقرر حال التطم بالجز لانه قاطع للسراية وعند الجز لو وحب دية اليد يجتمع ضمان الكل والجز في حالة واحدة ولا يجتمعان اجماعا في حالة واحدة **قوله** ومن ضرب رجلا النخ معنى هذا ضرب تسعين في موضع وعشرة في موضع آخر فبرء موضع التسعين (و)

لَهُمَا أَنْ الْعَفْوَ عَنْ الْقَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مَوْجِبِهِ وَمَوْجِبُهُ الْقَطْعُ لَوْ اقْتَصَرَ وَالْقَتْلُ إِذَا سَرَى فَكَانَ الْعَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ أَحَدٍ مَوْجِبِيهِمَا كَانَ وَلَئِنْ اسْمُ الْقَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَّ وَالْمُقْتَصِرَ فَيَكُونُ الْعَفْوُ عَنْ الْقَطْعِ عَفْوًا عَنْ نَوْعِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا عَفَا عَنْ الْجَنَائِيَّةِ فَانْهَ يَتَنَاوَلُ الْجَنَائِيَّةَ السَّارِيَّةَ وَالْمُقْتَصِرَةَ كَذَا هَذَا وَلَهُ أَنْ سَبَبُ الضَّمَانِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَتْلُ نَفْسٍ مَعْصُومٍ مُتَقَوِّمٍ وَالْعَفْوُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ لِأَنَّهُ عَفَا عَنْ الْقَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ الْقَتْلِ وَبِالسَّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَاقِعَ قَتْلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ وَنَحْنُ نَوْجِبُ ضَمَانَهُ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقَصَاصُ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلْعَمْدِ إِلَّا أَنْ فِي الْأَسْتَحْصَانِ تَجِبُ الدِّيَّةُ لِأَنَّ صَوْرَةَ الْعَفْوِ وَرَثَتْ شَبَهَةً وَهِيَ دَارَةُ الْقَوْدِ وَلَا نَسْلَمُ أَنَّ السَّارِيَّ نَوْعٌ مِنَ الْقَطْعِ وَأَنَّ السَّرَايَةَ صِفَةٌ لَهُ

وَسَرَى الْعَشْرَةَ قَالُوا هَذَا إِذَا بَرَأَ مِنْ تَسْعِينَ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا اثْرٌ صِلَا فَنَبْقَى لَهَا اثْرٌ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ حُكْمَةُ الْعَدْلِ لِلْأَسْوَاطِ وَدِيَّةُ الْقَتْلِ وَتَفْسِيرُ حُكْمَةِ الْعَدْلِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ عَبْدًا مَجْرُوحًا بِهَذَا كَمْ قِيَمَتُهُ وَبَدُونَ الْجَرَا حَتَّى كَمْ قِيَمَتُهُ فَيُضْمَنُ التَّفَاوُتَ الَّذِي بَيْنَهُمَا فِي الْجِزِّ مِنَ الدِّيَّةِ وَفِي الْعَبْدِ مِنَ الْقِيَمَةِ *

قوله لَهُمَا أَنْ الْعَفْوَ عَنْ الْقَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مَوْجِبِهِ لِأَنَّ نَفْسَ الْعَمَلِ لَا يَحْتَمِلُ الْعَفْوَ لِأَنَّهُ عَرَضٌ كَمَا وَجَدْنَا تِلَا شَيْءٍ فَيَكُونُ الْمُرَادُ مَوْجِبَهُ وَمَوْجِبُهُ نَوْعَانِ الْقَطْعُ إِذَا اقْتَصَرَ وَالْقَتْلُ إِذَا سَرَى فَيَكُونُ عَفْوًا عَنْهُمَا كَمَا لَوْ قَالَ أِبْرَأُ تَكَ عَنْ الْغَضَبِ يَكُونُ ذَلِكَ إِبْرَاءً عَنِ الضَّمَانِ الْوَاجِبِ وَهُوَ رَدُّ الْعَيْنِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَرَدُّ الْقِيَمَةِ بَعْدَ هَلَاكِهِ وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي إِذَا أِبْرَأَ الْبَائِعَ عَنِ الْعَيْبِ يَكُونُ إِبْرَاءً عَنْ مَوْجِبِهِ وَهُوَ الرَّدُّ عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَالرَّجُوعُ بِالنَّقْصَانِ عِنْدَ التَّعْذُرِ **قوله** وَلَئِنْ اسْمُ الْقَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَّ وَالْمُقْتَصِرَ لَا تَرَى أَنَّ الْأَذْنَ بِالْقَطْعِ أَذْنٌ بِهِ وَبِمَا يَحْدُثُ مِنْهُ حَتَّى أَنْ مِنْ قَالَ لَا خِرَافَ طَعْمٍ يَدِي فَقَطَعَهَا ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ لَمْ يَضْمَنْ فَذَا جَمَلَ الْأَذْنَ بِالْقَطْعِ أَذْنًا لَهُ وَبِمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَكَذَا الْعَفْوُ عَنْ الْقَطْعِ لِأَنَّ الْعَفْوَ فِي الْإِنْتِهَاءِ كَالْأَذْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ **قوله** وَالْعَفْوُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ كَمَا لَوْ قَالَ لَا تَطْعَمُ لِي قَبْلَ فُلَانٍ فَانَّهُ لَا يَوْجِبُ الْإِبْرَاءَةَ عَنِ النَّفْسِ (قوله)

بل الساري قتل من الابتداء وكذا الا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله
 العفو بخلاف العفو عن الجنایة لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها
 لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه
 الوجزة وفاقاً وخلافاً اذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً
 فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار

قوله بل الساري قتل من الابتداء لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح عقيب
 هذا الفعل عرفنا انه كان قتلاً **قوله** وكذا الا موجب له اي للساري من حيث كونه قطعاً وهذا
 لان موجب القطع ما شرع في ضمان الطرف فاما الواجب في النفس فليس بموجب القطع
 بل هو موجب القتل وبالسراية تبين ان حقه في موجب النفس دون موجب الطرف فظهر
 انه عفا عن غير حقه فبطل عفو اذ العفو اسقاط الحق فيبطل اذا صادف ما ليس بحقه وكان
 القياس ان يجب القصاص الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو ورثت شبهة
 وهي دارة للقود **قوله** وفاقاً اي اذا قال عفوت عن الجنایة او عن القطع وما يحدث منه وخلافاً
 اذا قال عفوت عن القطع **قوله** اذن لذلك اطلاقه وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا لمقطوعة
 يده ذكر القطع مطلقاً من غير وصف العمد والخطأ فان قيل الوضع في قتل العمد بدليل قوله
 فعلى القاطع الدية في ماله فلا يكون مطلقاً قلنا الوضع مطلق وقوله فعلى القاطع الدية في ماله
 جواب لاحد نوعيه اي عليه الدية في ماله ان كان عمداً **قوله** وان كان عمداً فهو من جميع
 المال اي يسقط القصاص من جميع المال في العمد حتى لو كانت الدية زائدة على الثلث
 لا ينقلب شيء من القصاص ما لا لان المنحصر في الثلث التبرع بالمال والقصاص ليس بمال
قوله ولم يتعلق به حق الورثة فان قيل القصاص يورث فكيف لا يتعلق به حقهم قلنا حق
 الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت الا عند عدم الاصل والقياس في المال
 ان لا يظهر حقهم الا بعد موت المورث الا انه ثبت ذلك شرعاً قال عليه السلام انك (ان)

كما اذا وصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث *
قال واذا قطعت المرأة يدر جل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعليها عاقبتها
 الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا اعتدائي ^{بغير} جنيته راح لان العفو عن البتة اذا لم يكن
 عفو عما يحدث منه عنده فالتزوج على البتة لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا

ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكفون الناس والغناء بالمال يكون
 ولا ذلك الا بتعلق حقهم بما يتعلق الغناء به بعد موته اما القصاص فليس بمال لانه ليس
 الا بمجرد انتقام وتشفي صدر فلا يتعلق حقهم به *

قوله كما لو وصى باعارة ارضه اي كما لو اعار ارضه في مرض موته وانتفع بها المستعير ثم
 مات المعير كان ذلك من كل المال ولا يصح ارادة حقيقة الوصية باعارة ارضه لان
 الرواية محفوظة انه اذا وصى باعارة ارضه ولم يخرج من الثلث فالحكم فيها النهايو يسكن
 الموصى له يوما والورثة يومين وان كان قابلا للقسمه يقسم ويسكن الموصى له في الثلث
 والورثة في الثلثين **قوله** واما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث
 فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوزا وصية لجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب
 القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجرور لم يقل او صيت
 لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز
 للقاتل الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز وقال بعضهم لا يسقط قدر نصيب القاتل وقال
 بعضهم يسقط الكل لانه لو بقي نصيبه يجعل كان الواجب ليس الا هذا فيتحمل عنه العاقلة
 ثم هكذا الى ان لا يبقى شيء على القاتل في الآخرة فاجب سقوط الكل وهو الصحيح
 وذلك لان الواجب للوصية في حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة كمن اوصى لحي وميت
 كانت الوصية للحي تصحيبا للوصية فلوا بطلنا الوصية في حصته ابتداء يلزمنا تصحيحها في الانتهاء
 على ما ذكرنا فصحيحنا ما ابتداء قصر للمسافة **قوله** واذا قطعت المرأة يدر جل فتزوجها (على)

يكون هذا تزوجا على النصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهر الاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سري تبين انه قبل النفس وام يتناول العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه

على يده اي على موجب يده ثم مات فلها مهر مثلها قيد بالموت في وجوب مهر المثل لانه لو لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية وبصيرار ش ذلك وهو خمسة آلاف درهم مهرها لها بالا جماع سواء كان القطع عمدا او خطأ تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث عنه او على الجناية لانه لما برأت تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين ارجل والمرأة والارش يصلح صدقا كذا ذكره الامام قاضي خان والمحجوبي رح *

قوله يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف فان قيل القصاص لا يجري في الطرف بين الرجل والمرأة فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف قلنا القصاص هو الواجب الاصلي نظرا الى ظاهر قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيغاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفيهما **قوله** وهو ليس بمال فلا يصلح مهر فان قيل القصاص متقوم في حق من عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرها كالمنافع فانها غير متقومة في ذاتها ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها صحت مهر قلنا القصاص ليس به متقوم في حق من له والمهر لا بد وان يتقوم في حق الرجل على الاطلاق قال الله تعالى ان تهتغوا باموالكم ولا يقال بان هذا يشك بما اذا تزوج امرأة على خمسة آلاف درهم يظن ان مالها عليها ثم تصادقا انه لم يكن عليها شيء يجب المسمى دون مهر المثل فينبغي ان يكون كذلك ههنا لانا نقول هناك المسمى ما يصلح مهر او لاجهالة فيه فلا يصار الى مهر المثل فاما ههنا المسمى ليس مما يصلح مهر او هو القصاص وهو الموجب الاصلي وكذلك الارش فيه نوع من الجهالة فانه يحتمل ان يقضي به القاضي من الدراهم او الدينار فلماذا يصار الى مهر المثل ولهذا التزوجها على الف درهم او مائة دينار فانه يجب مهر المثل *

(قوله)

وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة أن كانا على السواء وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة وإن كان في المهر ترده الورثة عليها وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد وإذا سري إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وإن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصن لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها * **قال** ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها وعلى الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لأنه لما جعل القصاص مهرًا فقد رضي بسقوط حقه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلاً وإن كان خطأ يرفع من العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهر إلا أنه يعتبر بقاء مهر المثل من جميع المال لأنه مريض بمرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فتكون وصية ويرفع من العاقلة لأنهم يتحملون عنها

قوله وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة أي إذا حلت الدية لا في الحال لتأجيل الدية وحلول مهر المثل **قوله** ولا يتقاصن لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها ولا يقال بان الصحيح أنه تجب على القاتل ثم يتحمل العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة لأننا نقول عند بعض المشائخ تجب على العاقلة ابتداء وعند بعضهم يتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا تقع المقاصة **قوله** كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا بان قال سقطت عنك القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلاً **قوله** ولهم ثلث ما ترك وصية أي وللعاقلة الزيادة على مهر المثل إذا خرج من الثلث وتبرء العاقلة عن ذلك وإن كانت الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية لا يخرج من الثلث ماله فيقدره يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم ويؤدون الباقي إلى ورثة الزوج وفي الأوضح هذا الجواب فيما إذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من (لا)

فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم يخرج ^{قال} يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين *

قال ومن قطعت يده فاقص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص ^{اي مثله} وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه ^{في القصاص} فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به *

قال ومن قتل وليه عمدا قطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص اولم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقال الاشعري عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا الوام يعفو لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ

لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة فاما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة قال بعضهم يحب ان لا يصح لانه لا بد وان يبطل الوصية في قدر حصتها اذا وصية للقاتل والصحيح انه يصح لانه لو لم يصح الوصية في قدر حصتها لما يصح في الكل لغيرها كما اذا وصى ثلث ماله لحي وميت يصح الوصية بكل الثلث للحي فكان اسقاط كل الدية لازما وان بطلت الوصية في حصتها فلا معنى للابطال *

قوله فمن المحال ان ترجع عليهم اي ان ترجع المرأة على العاقلة وذكر الامام الترمذي رح وان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر فلا شيء على العاقلة لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها **قوله** فاتفق جوابها في الفصلين اي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث عنها او على الجناية بين الفصلين باعتبار المختلف والمتفق والافالفصول

ثلاثة **قوله** ومن قتل وليه عمدا قطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص اولم يقض ترد يد القضاء وغير القضاء مقدم على العفو وقوله وما برأ تاكيد لقوله سري *

(قوله)

او ما عفا وما سري او قطع ثم جزر قبله قبل البرء او بعده وصار كما ان كان له قصاص في الطرف
فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابه وله ان يستوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع
وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذ اسقط وجب
المبال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء والعفو والاعتياض لما انه تصرف فيه
فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سري لانه استيفاء واه اذا لم يعف وما سري
قلبا انما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرا الصحيح انه على هذا
الخلاف واذ قطع ثم جزر قبل البرء فهو استيفاء ولو جزر بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح

قوله او ما عفا وما سري اي لم يظهر حاله بعد هذه المسئلة على اربعة اوجه قطع ثم عفا
وبرأ ولم يسر او لم يعف وسري او عفا وسري او لم يعف ولم يسر والمختلف هو الاول وكذا
الثالث ايضا على الخلاف في الصحيح من الرواية **قوله** وله ان يستوفى غير حقه لان استيفاء
الطرف قطع وقد بينا ان حقه في القتل والقطع غير القتل وقد استوفاه من نفس متقومة فان نفس
من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص **قوله** وانما
لا يجب في الحال جواب اشكال وهو ان يقال اذا كان القطع غير حقه وقد استوفاه وانه
مضمون عليه فلم لا يجب عليه الضمان في الحال فاجاب بما ذكر **قوله** وملك القصاص
في النفس ضروري لانه ثابت على منافاة الدليل لان القاتل حر والحرية ينافي المملوكية
ولكن ثبت لصيانة الدم المعصوم وحصول الزجر المقصود بشرعيته فيقدر بقدر ما تدفع به
الضرورة والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء والعفو والاعتياض بالصالح لان هذه
الاشياء تصرف فيه اي في القاتل او في القصاص اما كون الاستيفاء تصرفا فيه فظاهر وكذلك
العفو لانه اسقاط واسقاط الشيء تصرف فيه وكذا الاعتياض فاما قبل الاستيفاء والعفو
او الاعتياض فلا ضرورة فلا يظهر الملك فيجب الضمان باتلافه * (قوله)

والاصابع وان كانت تابعة قیاما بالكف فالكف تابعة لهما غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه *

قال ومن له القصاص **في الطرف** اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات ^{منظوما} يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقال لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السراية لبس في وسعه فصار كالامام والبراع ^{نفسه} والحجامة والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولا نه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب ائمال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما قلدا كالايمام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كما رمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم بالصواب *

قوله والاصابع وان كانت تابعة قیاما بالكف جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا وهو ان الاصابع وان كانت تابعة للكف قیاما به فالكف تابعة لهما غرضا لان منفعة البطش يقوم بالاصابع وانها اصل في الضمان ايضا وكل اصبع ارش متدر بخلاف الكف فلما صار اصلا كان للمقطوع حق الاستیفاء فصد او يكون استیفاءها كاستیفاء الكف بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه **قوله** فصار كالامام اي اذا قطع يد السارق فسرى ومات والبراع والحجامة اذا فعلا فعلا معتادا والمأمور بقطع اليد كما اذا قال لرجل انقطع يدي فتقطع يده فمات المتطوع من القطع لاشي عليه وهذا لان السراية تبع لا ابتداء الجنایة فلم يجز ان يكون ابتداء الجنایة مباحا وسرايتها مضمونة **قوله** ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة **قوله** فاشبه الاصطياد اي في الاباحة والاباحة تتقيد بوصف السلامة بدليل انه لورمى الى صيد فاصاب انسانا يضمن كذا ههنا والله اعلم بالصواب * (باب)

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعبد البينة عندا بي حنيفة رح وقال لا يعيد وان كان خطأ لم يعد بها بالاجماع وكذلك الدين يكون لاييهما على الآخر لهما في الخلافة ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب ما لا يكون للميت ولهذا يسقط بعفو بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقي وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه ثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال

باب الشهادة في القتل

قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة قبلت البينة ولم يعد بالاجماع واجمعوا ايضا على ان القاتل يحبس الى ان يحضر الغائب لانه صار منهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع ثم اذا قدم الغائب فانه يعبد البينة عندا بي حنيفة رح وقال لا يعيد واصل الاختلاف راجع الى ان حق استيفاء القصاص في الاصل لمن هو فوق عندا بي حنيفة رح انه حق الوارث ابتداء ووقع عندهما انه حق المورث ولا يصح الاستدلال لهما بصحة العنوفان العفو عن القصاص في جواب الاستحسان كما يصح من المورث المجروح كذلك يصح من الوارث حال حيوة المورث **قوله** طريقه الخلافة وطريق الخلافة ان الملك يثبت للخليفة كانه هو الاصل لقيامه مقامه كالعبد يوهب له شيء فيقبل يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة بخلاف الدين لانه مال والميت اهل ملك المال ولهذا يكفن من ماله ويقضى ديونه من ماله فاما القصاص فملك الفعل والميت ليس من اهل الفعل وانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر والميت ليس من اهله (قوله)

كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء
لا ينتصب احد هم خصما عن الباقيين فيعيد البيعة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البيعة
ان الغائب قد عفا والشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه
في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن
الغائب وكذلك عديدين رجلين قتل عمدا واحدا الرجلين غائب فهو على هذا الماينة
قال فان كانت الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة هو عفو
منهم الا نهما يجبران شهادتهما الى انفسهما مغنيا وهو انقلاب القود ما لا فان صدقتهما القاتل
فالدية بينهما انلا ثمة معناه اذا صدقتهما وحده لانه لما صدقتهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه
يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر
ثلث الدية ومعناه اذا كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقر علي انفسهما بسقوط القصاص
فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما ما لا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه ما لا لان دعواهما
العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما

قوله كما اذا نصب شبكة اي للاصطياد **قوله** وهو عفو منهما لانهما بالشهادة زعما ان القود قد سقط
وزعمها يعتبر في حقهما **قوله** معناه اذا صدقتهما وحده اي صدقتهما القاتل وحده وكذبهما
المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث وانما قيد بهذا لانه اذا صدقتهما القاتل والمشهود عليه
يضمن القاتل ثلثي الدية للشاهدين لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقتهما القاتل فيه
ولا يضمن للمشهود عليه شيء لانه اقر بالعفو حيث صدق الشاهدين **قوله** وان كذبهما اي المشهود
عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقتهما القاتل عند تكذيب المشهود
عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما انلا ثا وذلك لانهما بالشهادة اقر بسقوط القصاص
وانقلاب نصيبهما ما لا وقد اقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل فلزم ثلثا الدية لهما
وثلث الدية للمشهود عليه لانه ما اقر بسقوط القصاص وانما سقط القصاص باقرار غيره (قوله)

وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لا قرارة له بذلك *
قال واذا شهد المشهود انه ضربه فلم ينزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا
 لان اليه اثبت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك انقصاص على ما بيناه والشهادة على
 قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انه يعرف اذا صار بالضرب
 صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح *

قال واذا اختلف شاهد القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل
 لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان آخر فالقتل
 بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والا اول شبه عمد ويختلف احكامهما فكان على كل
 قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل

قوله وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لا قرارة له بذلك
 لانه انكر عوا المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه ولكنه تصرف الى الشاهدين
 وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لا بكرة
 وما اقربه القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل به كذبه للشاهدين
 اقر للمشهود عليه بثلث الدية لعمه ان القصاص سقط بدعواه العفو على الثالث وانتداب نصيبه
 مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فتدبر عم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرالهما
 بما اقربه له القاتل فيجوز اقرارة بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل باف درهم وقال المقر له هذه الالف
 ليست لي ولكنها الفلان جاز وصارت لفلان كذا هذا **قوله** وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء
 جارح كالسيف وما يجري مجراه وانما اول الجارح ليكون المسئلة مجمعا عليها فان قيل
 الشهود وان شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب قد يكون خطأ فكيف يثبت
 القود مع انهم لم يشهدوا انه كان منعمدا فلما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه
 لانه لو كان محطئا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره
 فاصابه كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زادة **قوله** واذا اختلف شاهد القتل (في)

لان المطلق يغاير المقيد **قال** وان شهدا انه قتله وقال لا ندري باي شيء قتله فعليه الدية استحسنانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر عليه وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في العمل العمد فلا تلزم العاقلة *

قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلان فقال الولي قتلناه جميعا فله ان يقتلها وان شهدوا على رجل انه قتل وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلناه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له

في الايام بان شهدا احدهما ان القتل كان في يوم الخميس وشهد الآخر انه كان في يوم الجمعة او في البلدان بان شهدا احدهما ان القتل في بلد كذا وشهد الآخر انه كان في بلد آخر وفي الذي كان به القتل اي في الآلة *

قوله لان المطلق يغاير المقيد لانه يحتمل ان يكون عمدا ويحتمل ان يكون شبه عمد ويحتمل ان يكون خطأ والقتل بالعصا شبه عمد فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط **قوله** والمطلق ايسر بمجمل فان المطلق ممكن العمل الا ترى ان الله تعالى اوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة ووجب العمل به ولو كان محملا لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكسائي **قوله** على اجمالهم بالمشهود عليه اي احسانهم في حقه بالستر عليه **قوله** وأولوا كذبهم في نفي العلم اي الشهود اولوا قواهم لا ندري مع انهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث باطلاق الكذب باطلاقة اي بنجوز الكذب في اصلاح ذات البين وهو قوله عليه السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين **قوله** وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود (عليه)

غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقربه لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم بالصواب *

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة ربح وقال الاشعي عليه لانه بالارتداد اسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجهه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق المحل حتى لا يحرم برودة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة وجب الدية ولورمي اليه وهو مرتد فاسام ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذ ارمى حربيا فاسلم لان الرمي ما اعتد موحيا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينفك موجب الصيرورته متقوما بعد ذلك *

عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب ههنا كما ان اصلاح مندوب هناك فكان ورود الاطلاق والتجويز هناك ورودا هنا *

قوله غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقربه قيد البعض لان تكذيب المقر له في كل ما اقربه رد الاقراره فيبطل به والله اعلم بالصواب *

باب في اعتبار حالة القتل

قوله لانه بالارتداد اسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجهه لان من له الحق متى اخرج المتقوم عن التقوّم يصير مبرئا للضامن عن الضمان كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان **قوله** ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق المحل (١)

قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة رحمه
وقال محمد رحمه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول أبي يوسف رحمه مع قول
أبي حنيفة رحمه انه ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرا للمرمي وهو جناية ينتقص بها
قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت
الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه
اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد
فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل
وانما قلت الرضات فيه فلا يجب بد ضمان فلا تخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى

اي حل الصيد وكذا في حق التكبير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والجرح سبب الموت
فصار كانه قتله حين جرحه والرمي سبب الجرح ويصح التكفير قبل الاصابة ايضا
وفي الجامع الصغير لفاضي خان فيصير قاتلا من وقت الرمي ولهذا لو كانت الجناية خطأ
فكفر بعد الرمي قبل الاصابة صح كبيرة *

قول له ان العتق قاطع للسراية اي لمحمد رحمه كما اذا قطع يد عبدا وجرحه ثم اعتقه المولى
ثم سري فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء اي لا يضمن دية
ولا قيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على
الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي فيعتبر قيمته
يومئذ وهذا على اصل أبي حنيفة رحمه ظاهر لانه يعتبر وقت الرمي واما أبو يوسف رحمه
فانما لم يعتبر وقت الرمي فيما اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه لانه اعترض على المحل
ما يبطل عصمته وهنا الحرية تؤكد عصمته واذا اعتبر قاتلا من وقت الرمي وانه مملوك
في تلك الحالة فيجب القيمة لان الفعل انعقد من الابتداء موجبا للقيمة فلا يتغير باعتراض
الحرية بخلاف القطع والجرح والضرب الممرض لانه اتصل الفعل بالمحل وتأثر به (١)

وزفر^{رح} وأن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر^{الى} حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه
قال ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود^{ثم وقع به السهم فلا شيء عامي}
 الراعي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذ روى المجوسي صيد اثم اسام ثم وقعت
 الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تهجس^{ثم} والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة
 الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة^{فقط} فتعتبر الاهلية وانسلا بها عنده ولو روى
 المحرم صيد اثم حل فوكت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان روى حلال صيد اثم احرم
 فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعمد^{نحو بالنظم} وهو رمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم
 وقت الرمي وفي الثاني حلال فلذلك اقرقا والله اعلم بالصواب *

المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية او وجب شيء لوجب للعبد فيلزم مخالفة
 نهاية الفعل بدايته فلا بد من ان يجعل العتق فاطعاً للسراية بهذه الضرورة ولا ضرورة في الرمي لانه
 لا اثر له في المحل قبل الوصول وانما يقل الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يلزم المخالفة
 في البداية والنهاية في استحقاق الضمان فيجب القيمة للمولى ومحمد^{رح} يحتاج الى الفرق
 ايضا فانه لم يعتبر هنا حالة الرمي ولا حالة الاصابة وفيما تقدم مع ابي يوسف رح لمحمد^{رح}
 ان نهاية الجناية مخالفة لا بتداتها فلا يمكن اعتبارهما معا لان ذاك يوجب ان يكون الواجب
 مشتركا بين المولى والعبد والفعل لم ينعقد موجبا لهذا ولا اعتبارا احدهما دون الآخر فيصار الى
 ما ذكر من اعتبار الفصل بخلاف الاول فانه بالارتداد يكون مبرئا فيسقط الضمان *

قوله وزفر^{رح} وأن كان يخالفنا في حق وجوب القيمة اي يجب الدية عنده نظر^{الى} حالة
 الاصابة **قوله** ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود الى آخر الباب
 ففي هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمي بالاجماع فظهر من هذا ان المعتبر حالة الرمي
 عندهما ايضا الا ان المرمي اليه فيما اذ روى مسلما فارتد ثم اصابه صار مبرئا للرامي عن
 ضمان الجناية فلم يجب شيء بخلاف هذه المسائل والله اعلم بالصواب * (كتاب)

كتاب الديات

قال وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات
قال وكفارته متق رقة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام
 شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف
 بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف
 ويجزيه رضيع احدا بويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزي ما في البطن
 لانه لم تعرف حياته ولا سلامته *

كتاب الديات

الدية لغة مصدر من ودي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس
 ثم قيل للمال الذي هو بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والارش اسم للواجب على مادون النفس
قوله وقد بيناه في اول الجنايات اي يينا شبه العمد **قوله** ولانه جعل المذكور كل الواجب
 بحرف الفاء يعنى ان الفاء للجزاء وجزأ بالهمز اي كفى وانما يكون كافيا اذا كان المذكور
 كل الواجب اذ لو كان شيء آخر واجبا لكان المذكور بعض الجزاء او لكونه كل المذكور
 فلو كان شيء آخر واجبا والموضع موضع الحاجة الى البيان لكان مذكورا وحيث لم يذكر علمنا ان
 المذكور كل الواجب وهذه قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما انها للشرع اليه
 ولا يقال بان السكوت لا تدل على ان المذكور كل الواجب لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ
 العمد الحديث ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثم وجد بيان بنص
 آخر او نقول لانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا ان الكفارة لا يجب في شبه العمد
قوله ويجزيه رضيع احدا بويه مسلم لانه مسلم به لا يقال بان الايمان منصوص عليه فيعتبر
 الكمال كما قلنا في قبض الهبة لانا نقول ذلك فعل حسي وهذا وصف (قوله)

قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوا فيه ودية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح مائة من الأبل
 أرباعاً وخمسة عشر ^{منهم} بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون
 حقة وخمسة وعشرون جذعة ^{منهم} وقال محمد والشافعي رح ثلثون جذعة وثلثون حقة
 وأربعون ثنية ^{منهم} كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام إلا أن قتيل خطأ
 العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الأبل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمرو بن
 رضي الله عنهما ثلثون حقة وثلثون جذعة ولأن دية شبه العمد اختلف ذلك فيما قلنا ولهما
 قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الأبل وما روي غير ثابت لا اختلاف الصحابة
 رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا وهو كالمرفوع
^{في كتابه}

قوله وهو الكفارة في الخطأ أي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد هو الكفارة
 في الخطأ **قوله** ودية عند أبي حنيفة رح أي دية شبه العمد **قوله** كلها خلفات الخلفه الحامل
 من النوق وجمعها من غير لفظها مخاض وقد يقال خلفات وقوله في بطونها أولادها صفة مقررة
 كما في قوله عليه السلام ما بقتة الفرائض فلا ولي رجل ذكر **قوله** ولأن دية شبه العمد اختلف أي من دية
 الخطأ **قوله** لا اختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمرو بن زيد والمغيرة بن شعبة وأبا موسى
 الأشعري رضي الله عنهم قالوا كما ذكر محمد والشافعي رح وقال علي رضي الله عنه تجب
 اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلاثة وثلثون جذعة وأربعة وثلثون خلعة وقال ابن مسعود رضي الله عنه
 يجب أرباعاً كما ذكرنا وذكر في شرح الاقطع ما رواه محمد والشافعي رح ثم قال هذا الخبر معارض
 لقول ابن مسعود رضي الله عنه ولا مدخل للرأي في تقديرات الشرع فلا بد من أن يكون
 مسموعاً وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى وفي المبسوط والمعنى فيه أنه إنما يجب
 الدية عوضاً عن المقتول والحامل لا يجوز أن يستحق في شيء من المعارضات لوجهين أحدهما
 أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني أن الجنين من وجهه كالمفصل فيكون
 هذا في معنى إيجاب الزيادة على المائة عدد أو بالاتفاق صفة التغليظ ليست من العدد (بل)

فيعارض به **قال** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغاط لما قلنا **قال** وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل **قال** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايتهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخطأ لم معذور غير ان عند الشافعي رح يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا **قال** ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك **قال** ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عندنا بن حنيفة رح وقال الامام من البقرة ما تنبقره ومن الغنم الفاشاة ومن الجمل ما تناحله بل من حيث السن ثم الديات يعتبر بالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها من كرائم اموال الناس فكذلك في الديات وهذا لان في شبه العمد الدية تجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات *

قوله فيعارض به اي ما رواه الشافعي رح يعارض بقول ابن مسعود رضي الله عنه لانه كالمرفوع وما روينا بيقين **قوله** ولان ما قلناه اخف وهو اقامة ابن مخاض مكان ابن لبون **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال باقامة ابن مخاض مكان ابن لبون **قوله** وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة فان قيل اثنا عشر بوزن ستة يكون اكثر من عشرة آلاف ايضا فكيف يفيد هذا التاويل قلنا قال الشيخ الامام المعروف بنحو ما رزاه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشياء الا انه اضيف الوزن الى ستة بما كان قريبا منه كما يقال فلان يملك مائتي درهم اذا كان يملك قريبا من ذلك * **(قوله)**

كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير
انما يستقيم بشيء معلوم المالة وهذه الاشياء مجهولة المالة ولهذا لا يقدر بها ضمان
والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ^{عديناها في غيرهما} وذكر في المعامل انه لو صالح على
الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول
الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد
ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح
مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه ^{في حديثه} والحجة عليه ما روينا ^{في المتن}
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتا اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف
في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه *

قوله كل حلة ثوبان الحلة ازار ورداء هو المختار وقيل في ديارنا قميص وسراويل كما
في النهاية **قوله** وذكر في المعامل اي في كتاب المعامل من المبسوط انه لو صالح على الزيادة
على مائتي حلة الى قوله لا يجوز اورد هذا على طريق الشبهة على قول ابي حنيفة رح اي
ما ذكر في كتاب المعامل دليل على ان هذه الاصناف في الدية اصول مقدرة عنده كما هي
عندهما اذ لو كان بدلا لجاز كما لو صالح على بدل آخر فاجاب عن الشبهة بوجهين احدهما
انه صحيح رواية كتاب المعامل وقال لا خلاف بينهم وان هذه الاصناف من الاصول المقدرة ايضا
والثاني انه لم يصحح الشبهة وقال الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب وما ذكر
في المعامل محمول على قولهما والجواب عن قضاء عمر رضي الله عنه انه يحتمل ان عمر رض
انما قضى بذلك بطريق الصلح بعدما قضى بالdraهم او الدنانير اذ الصلح من الدية على
مال آخر جائز **قوله** وقال الشافعي رح مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت
رضي الله عنه اي مادون ثلث دية الرجل وللشافعي رح في الثلث روايتان وكان زيد بن
ثابت رضي الله عنه يقول انها تعادل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش (بقدر)

قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكبل عندنا اثنا عشر الفا وللشافعي رح ماروي ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وانا نقوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما ومارواه الشافعي رح لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ومارويناه اشهرهما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم والله اعلم *

بقدر ثلث الدية اودون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجال وبيانه فيما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشرة من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المهاو اشتد مصائبها قل ارشها قال اعرابي انت فقلت لابل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي رح وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله عليه السلام قلنا اراد به سنة زيد رخ *

قوله فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم وهو ماروي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم ان النبي عمودي العاهدين الذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلها عمرو بن امية بمائة من الابل وعن الزهري ان ابابكر وعمر رضي الله عنهما كافيا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وعن ابن مسعود رض دية الذمي مثل دية المسلم وعن الزهري ايضا كانت دية الذمي مثل دية المسلم على عهد رسول الله عليه السلام وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وعن علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما يروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار * (فصل)

فصل فيمادون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه **قال** وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية ^{فيهم} والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عم لعمر بن حزم رضي الله عنه والأصل في الاطراف انه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال او ازال الجمال مقصودا في الآدمي ^{الآدمي} على الكمال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنية لما ذكرناه ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لغوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتعويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف

فصل فيمادون النفس

قوله في النفس الدية انما ذكر هذا تبركا بالابتهاء بالحديث وهذا العظ الحديث **قوله** وقد ذكرنا اي في ائيل الجنائيات وسعيد بن المسيب من التابعين وما روى عن رسول الله عليه السلام فهو مرسل وهو حجة بالاجماع والمارن ما لان من الانف والقصبة ما صلب منه فالحاصل ان ما لان في البدن من اعضاء او معان مقصودة فبالتلافها يجب كمال الدية والاعضاء على اربعة انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو ازاوج ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعاشار فالاعضاء التي هي افراد ثلثة الانف واللسان والذكر فالتلافها كالتلاف النفس في انه يجب بالتلافها كمال الدية لان في قطع الانف تعويت جمال كامل ثم كما يجب الدية بقطع (جميع)

وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل أن قدر على اداء
 اكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر
 يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به
 منفعة الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمني ^{بمجرده} ودفق الماء والايلاج الذي ^{فعل}

جميع الانف يجب بقطع المارن لان تفويت الجمال به يحصل وكذلك في اللسان والذكر الدية
 على ما ذكر في الكتاب والمعاني التي هي افراد في البدن العقل والنفس والشم والذوق
 ففي كل واحد منها دية كاملة واما الاعضاء التي هي ازواج في البدن العينان والاذنان
 الشاخصتان والحاجبان والشفقتان والبدان ونديا المرأة والاثنيان والرجلان ففي قطعهما
 كمال الدية وفي احدهما نصف الدية واما الاعضاء التي هي ارباع في البدن فهي اشعار العينين
 يجب في كل شفر ربع الدية على ما يجيء بيانه واما التي هي اعشار في البدن فالاصابع اي
 اصابع الرجلين واصابع اليدين ففي قطع اصابع اليدين يجب كمال الدية وفي كل اصبع عشر
 الدية واما الاعضاء التي هي يزيد على ذلك في البدن فهي الاسنان يجب في كل سن نصف
 عشر الدية وذكر الامام التدرتاشي وفي آلة الخصي والعينين ولسان الاخرس واليد الشلاء
 والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في عمدة
 ولا الدية في خطائه ويجب فيه حكومة عدل *

قوله وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان الحروف التي يتعلق باللسان هي الالف والهاء
 والتاء والجيم والداال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام
 والنون فمالم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه بحصته من الدية فاما الهوائية والحلقية والشفوية
 فلا يدخل في القسمة فالشفوية الميم والباء والحلقية العين والغين والقاف والاصل في هذا ما روي
 ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رض فامره من ان تقرأ اب ت ث فكل ما فرء
 حرفا سقط من ديته بقدر ذلك ومالم يقرأ اوجب من الدية بحساب ذلك * (قوله)

هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشنة الدية كاملة لان الحشنة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالنابع له **قال** وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاذه وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه

قوله هو طريق الاعلاق عادة وانما يفيد بالعادة لانه يتصور الاعلاق بالسحق الا انه في العادة انما يتحقق بالايلاج **قوله** في معاشه اي في دنياه ومعاذه اي آخرته **قوله** وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه اي يجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني فان قول المجني عليه لا يقبل قلنا اذا صدقه الجاني او استخلف فكل ثبت فواتها ثم فوات البصر يعرفها الاطباء فينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما في ذلك حجة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فقال وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادي فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب وحكي عن اسمعيل بن حماد ان امرأة تطارشت اي ارت ان بها طرشا وهو نوع صمم في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاءة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت اليه جمع ثيابها وظهر مكرها وقال ابو يوسف رحمه الله في المنتقى لا يعرف ذهاب السمع فالقول فيه قول الجاني واما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي طريقه ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقي بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وقال محمد راجح في الاصل ينظر اليه اهل ذلك وان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول قول الجاني مع يمينه على البتات اما اليمين فلان المجني عليه يدعي موجب الحجاة والجناني ينكر واما على البتات فلان هذا اليمين على فعل نفسه وهو اذ ذهاب بصره وطريق معرفة ذهاب الشمن ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه *

(قوله)

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضى قصى بارب ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر **قال** وفي اللحية اذا حلفت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال **قال** وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كسعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلفه يتكافى في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما اللحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريم على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر **قال** وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع اللحية فصارت بعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقها لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه تنقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه

قوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل منها لآخرى بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الدية واحدة لان الاطراف تتبع للنفس اما الطرف فليس يتبع للطرف الاخر فيعتبر كل واحدة منها بنفسها **قوله** وفي شعر الرأس الدية لما قلنا اراد به قوله لانه تفوت به منفعة الجمال وذكر الامام التمر تاشي رح قالوا لو حلق رأس انسان (ولم

ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية
 وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقدم الكلام فيه في اللحية *
قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي
 الاذنين الدية وفي الاثنتين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه
 عن النبي عليه السلام **قال** وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي
 عليه السلام لعمر بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت
 الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي
 تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي ثدي المرأة الدية لما فيه
 من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما يباين بخلاف ثدي الرجل
 حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي
حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما
 نصفها لما يبايناه **قال** وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه

ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حال
 الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات وكذا حلق اللحية فان مات المخلوق رأسه او لحيته قبل
 مضي السنة ولم ينبت لاشيء فيه وقال الحكومة عدل *

قوله ويستوي العمد والخطأ يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا
 حلقهما عمدًا تجب الدية لا القصاص لان القصاص لا يجب في شيء من الشعور لانه عقوبة
 فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا ودلالة والنص انما ورد في الجراحات قال الله تعالى والجروح
 قصاص وهذا ليس في معناها لانه لا يحتاج في حلقها الى ايلام ولا يتوهم فيها السراية
 كما في الجراحات ثم قيل صورة حلقها خطأ هي ان يظنه مباح الدم فحلق
 الوالي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم *

(قوله)

يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْأَهْدَابَ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ فِي الْأَصْلِ لِلْمَجَاوِرَةِ كَالرَّابِئَةِ لِلْقُرْبَةِ
وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي الْبَعِيرِ وَهَذَا لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ الْجَمَالُ عَلَى الْكَمَالِ وَجِنْسُ الْمُنْفَعَةِ وَهِيَ مُنْفَعَةٌ دَفْعُ
الْأَذَى وَالْقَذَى مِنَ الْعَيْنِ إِذَا هُوَ يَنْدَفِعُ بِالْهَدَبِ وَإِذَا كَانَ الْوَاجِبُ فِي الْكُلِّ كُلِّ الدِّيةِ
وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَانَ فِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيةِ وَفِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ
مَنْبِتُ الشَّعْرِ وَالْحَكْمُ فِيهِ هَكَذَا وَلَوْ قُطِعَ الْجَفُونَ بِأَهْدَابِهَا فِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الْكُلَّ
كَشَى وَاحِدٌ وَصَارَ كَالْمَارَنِ مَعَ الْقَصْبَةِ *

قَالَ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ عَشْرَ الدِّيةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرَ
مِنَ الْإِبِلِ وَلَئِنْ قُطِعَ الْكُلُّ تَفُوتَ جِنْسُ الْمُنْفَعَةِ وَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ وَهِيَ عَشْرُ فَنَنْقَسِمُ الدِّيةَ عَلَيْهَا *
قَالَ وَالْأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ لَا طَلَاقَ الْحَدِيثِ وَلِأَنَّهَا سَوَاءٌ فِي أَصْلِ الْمُنْفَعَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ الزِّيَادَةُ فِيهِ
كَالْيَمِينِ مَعَ الشَّمَالِ وَكَذَا أَصَابِعُ الرِّجْلَيْنِ لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِقُطْعِ كُلِّهَا مُنْفَعَةُ الْمَشْيِ فَتَجِبُ
الدِّيةُ كَامِلَةٌ ثُمَّ فِيهِمَا عَشْرُ أَصَابِعٍ فَنَنْقَسِمُ الدِّيةَ عَلَيْهَا عَشْرًا *

قَالَ وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ فِيهَا ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ فِي أَحَدِهَا ثَلَاثُ دِيَةِ الْأَصْبَعِ وَمَا فِيهَا مَفْصِلَانِ فِي أَحَدِهَا
نِصْفَ دِيَةِ الْأَصْبَعِ وَهُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ الْيَدِ عَلَى الْأَصَابِعِ **قَالَ** وَفِي كُلِّ سَنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ
لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي مُوسَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَفِي كُلِّ سَنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ

قَوْلُهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْأَهْدَابَ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ فِي الْأَصْلِ ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِ
شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَجَعَلَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ الْأَشْفَارَ أَسْمَاءً لِلشُّعُورِ الَّتِي ثَبَتَتْ عَلَى حُرُوفِ الْعَيْنِ وَاطْرَافِهَا
وَقَدْ خَطَأَ أَهْلُ اللُّغَةِ فِي هَذَا وَقَالُوا الْأَشْفَارُ مَنْابِتُ الشُّعْرِ وَهِيَ حُرُوفُ الْعَيْنَيْنِ وَاطْرَافُهُمَا
وَالشُّعُورُ الَّتِي عَلَيْهَا يُسَمَّى الْهَدَبُ قَالُوا وَكَانَ أَخْذُ مَنْ شَفَرَ الْوَادِيَّ وَهُوَ جَانِبُهُ وَحْدَهُ فَسُمِّيَتْ
مَنْابِتُ الشُّعُورِ أَشْفَارًا لِأَنَّهَا حُدُودُ الْأَجْفَانِ وَلَكِنْ مَشَاغِبُنَا قَالُوا بَانَ الْأَمْرُ كَمَا قَالُوا أَنَّ الْأَشْفَارَ أَسْمَاءً
لِمَنْابِتِ الشُّعُورِ وَأَسْمَاءُ الشُّعُورِ الْهَدَبُ لِأَنَّهُ كُنِيَ بِالْأَشْفَارِ عَنْ الْهَدَبِ لِاتِّصَالِ وَمَجَاوِرَةِ بَيْنَهُمَا
كَمَا سَمَوْا الْقُرْبَةَ رَاوِيَةً وَهِيَ الْبَعِيرُ الَّذِي يَسْتَقِي عَلَيْهِ الْمَاءُ لِاتِّصَالِ بَيْنِ الْقُرْبَةِ وَالْبَعِيرِ وَكَمَا (قِيلَ)

والاسنان والاضراس سواء لا طلاق ماروينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا فغيبه القصاص وقد مر في الجنایات *

قال ومن ضرب عضوا فاذ به منفعته فغيبه دية كاملة كما اذا شلت العين اذا ذهب ضوءه هالا لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا الواجد به لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلوزالت الجدوبة لاشي عليه لزوالها لا عن اثر والله اعلم بالصواب *

فيل للمطر سماء ويحتمل ان يكون مرادة منبت الشعرو الحكم فيه هكذا تجب في الكل الدية وتجب في كل شفر ربع الدية ويستوي ان ينتف الاهداب وفسد المنبت وقطع الجفون كلها بالاهداب *

قوله الاسنان والاضراس سواء لو اقتصر على الاسنان لكفي لانه اسم جنس وفي المبسوط يستوي في ذلك الانياب والنواجذ والطواحن والضواحك ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسانا خذ بذلك لان النبي عليه السلام قال في كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ثم ان كان في بعضها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى قيل اذا قلع جميع اسنانه فعليه ستة عشر الفا من الدراهم لان الاسنان اثنان وثلثون فاذا وجب في كل سن نصف عشر الدية وهي خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر الفا وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان واذا نلع جميع اسنان الكوسج فعليه اربعة عشر الفا لان اسنانه يكون ثمانية وعشرين لما حكى ان امرأة قالت لزوجه يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رح عن ذلك فقال يعد اسنانه فان كانت اثنتين وثلثا فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج **قوله** لان المتعلق تفويت جنس المنفعة اي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية وهو تفويت جنس المنفعة والله اعلم بالصواب * (فصل)

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرس الجلد أي تخدمه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسري ^{تحوّله} ^{فوقه} والآمة وهي التي تصل إلى إمام الرأس وهو الذي فيه الدماغ *

قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمداً ماري انه عليه السلام قصى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص *

قال ولاقصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه

فصل في الشجاج

قوله والمتلاحمة في المغرب هي الشجة التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها أي يتلائم ويتلاصق **قال** الأزهرى الأوجه ان يقال اللاحمة أي القاطعة للحم وإنما سميت بذلك على ما يؤل إليه وعلى التفاؤل وفي المبسوط وروي عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف في ماخذ الكلمة لا في الحكم فمحمد رحمه الله ذهب إلى ان المتلاحمة ماخوذة من قولك النحم السنان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظمر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها يقطع وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ما يعمل في قطع أكثر اللحم فهو بعد الباضعة والآمة بالمد من أمه أي شجة آمة وهي التي يبلغ أم الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق وأم الدماغ الجلد التي يجمع الدماغ كذا في الصحيح *

(قوله)

ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقال
 محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الراية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن
 اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر فورها بمسبار
 ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص *

قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدور ولا يمكن اهدارة
 فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما نور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رح *

قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية
 ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فيهما جائفتان
 ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمر بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
 قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة
 ويروي في المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر
 رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت
 نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل
 جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في المأمومة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل
 الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن ابي يوسف رح

قوله ولان فيما فوق الموضحة اي فيما هو اكثر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد
 الموضحة وهو ثمة الهاشمة والمنقلة والآمة **قوله** وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية
 يجب القصاص فيما قبل الموضحة اي قبل الموضحة ذكره اودون الموضحة اثر او شجا
 وهو ستة من الحارصة الى السمحاق **قوله** وفيما دون الموضحة حكومة عدل اي دون
 الموضحة من حيث الاثر والشج ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر وهو الحارصة
 الى السمحاق فلذلك ذكره مرة بما قبل الموضحة ومرة بما دون الموضحة * (قوله)

وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنابة مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس تسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدروا ^{انما} تجب لها حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما ^{فمنه} واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدروا وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا موا جهة للناظر فيهما الا ان عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا ^{فمنه} وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن

قوله وهذا اختلاف عبارة اي اختلاف في ماخذ الكلمة لا يعود الى معنى وحكم اي لا يعود الى معنى مؤترى يتنى عليه الاختلاف في الحكم **قوله** والحكم مرتب على الحقيقة اي فيما اذا كانت الشجة في الوجه والرأس **قوله** واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وفي الذخيرة والذقن من الوجه بلا اختلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث في اللحيين كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لما لك رح وفي مبسوط شيخ الاسلام وبجب ان يفرض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا اننا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وفي الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة وفي الذخيرة ولا تكون جائفة على الوجه وان نفذت الى الفم وفيه حكومة عدل * (قوله)

وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فرجع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه والله اعلم *

(فصل) وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجراحة الى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فأم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه

قوله وتفسير حكومة العدل على ما قال الطحاوي رح ان يقوم مملوكا الى آخره فان كانت قيمته من غير جراحة تباع العاومع الجراحة تبلغ قيمته تسعمائة علمت ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحردية وبه اخذ شمس الائمة الحلواني رح وقال في فتاوى قاضيخان العتوي على هذا وما تفسير ما قاله الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك بيان هذا ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح كذا في الذخيرة *

(فصل) **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية اي اليد الواحدة **قوله** على ما روينا وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس قوله عم في كل اصبع عشر من الابل **قوله** وهو الموجب على مامر وهو قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى آخره * (قوله)

لا وجه الى ان يكون تبعاً للاصابع لان بينهما عضواً كاملاً ولا الى ان يكون تبعاً للكف لانه تابع ولا تبع للتبع *

قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجهه فرحماً بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لان البطش يقوم بها ووجب الشرع في اصبع واحدة عشر من الابل

قوله لا وجه الى ان يكون تبعاً للاصابع لان بينهما عضواً كاملاً لم يجعل احدي اليدين تابعة للآخرى واما قوله واليد اسم لهذه الجارحة الى المكب وقال عاينه السلام وفي اليدين الدية فان اسم اليد متناول لهذه الجارحة من رؤس الاصابع الى الابط قلنا لا نسلم لما ان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به مفصل الزند بدليل آية السرقة كذا في المبسوط **قوله** ولا الى ان يكون تبعاً للكف اي لا وجه الى ان يكون تبعاً للكف لان الكف تابع للاصابع ولا تبع للتبع لانه من حيث انه تبع لا يجب للكف شيء ومن حيث انه اصل للمساعد وجب ان يجب له شيء فيؤدي الى الجمع بين الوجوب وعدمه ولما لم يكن المساعد تبعاً الى الاصابع ولا الى الكف وجب اعتباره اصلاً ان لا وجه الى اهداره ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدر فتجب فيه حكمة عدل **قوله** حقيقة وشرعاً اما من حيث الحقيقة فلان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش متدرو الكف ليس له ارش مقدر وما ثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأي والرأي لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص اولى وهذا لان المصير الى الرأي للضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عندما كان ايجاب المقدر بالنص *

(قوله)

والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف
ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ^{منه} ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقويم والاكثر
حكم الكل فاستنبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل ^{الاصابع ١٢} تشريف الآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا
^{منه}

قوله والترجيح من حيث الذات والحكم اي من حيث الحقيقة والحكم اولى من الترجيح
من حيث مقدار الواجب لان المصير الى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة ولا مساواة بين الرأي
والنص فلا يصار الى الترجيح هذا اذا بقي اصبع واحدة واما اذا لم يبق من الاصبع الا مفصل
واحد ففي ظاهر الرواية عند ابي حنيفة رح يجب فيه ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعاله
لان ارش ذلك المفصل مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع كما اذا بقي
واحد من اصحاب النخطة في المحلة لا يعتبر السكان وروى الحسن من ابي حنيفة رح اذا كان
الباتني دون اصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل في الاكثر لان ارش الاصبع منصوص
عائنه فاما ارش كل مفصل غير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص بنوع رأي
وكونه اصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل واحد اعتبرنا فيه الاقل
والاكثر ولكن الاول اصح كذا في المبسوط ثم اعلم انه اذا قطع الكف ولا اصابع فيها
قال ابو يوسف رح فيها حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان الاصبع الواحدة يتبعها
الكف على قول ابي حنيفة رح فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كذا في الايضاح
قوله وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل اي سواء كان في العمدا وفي الخطأ وسواء فيما
اذا كان للقاطع اصبع زائدة ام لا كذا ذكر في الذخيرة ولا يقال بان قوله عليه السلام في كل اصبع
كذا مطلق وهذا اصبع لا نأقول انما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند
الناس والاصبع الزائدة ليست بهذه المثابة فلا يتأوله النص **قوله** وكذلك السن الشاغية
لما قلنا اشارة الى قوله لانه جزء من يده والسن الشاغية ايضا جزء من فمه * (قوله)

وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذ الم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذ الم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ **قال** ومن شجر رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما لو اوضحة فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا

قوله وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذ الم يعلم صحته حكومة عدل ولا يلزم جواز تحرير الرضيع عن الكفارة لانه مأثور بتحرير الرقبة والظاهر سلامتها فيتحقق الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجب غيره بالشك فاما الظاهر هنا لا يصلح حجة لايجاب القصاص والدية فلا يجبان بالشك على انه قال فخر الاسلام رح تاويل تحريرته عن الكفارة انه اعتق ثم عاش حتى ظهر سلامته اطرافه حتى لو مات قبل ان يظهر سلامته اطرافه لم يتأد به الكفارة فاما هنا بالقطع تنقطع طريق معرفة السلامة فلهذا امتنع القصاص والدية **قوله** ومن شجر رجلا اي موضحة فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية وقال زفر رح لا يدخل لانها جنايتان مختلفتان فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط اي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر وكذلك وجوب الدية ايضا بفوات الشعر كونه علم بهذا ان سببها شيء واحد وهو فوات الشعر ولما كان كذلك يدخل الاقل في الاكثر كما اذا قطع الكف مع الاصابع حيث يدخل موجب الكف (وهو)

بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل
لان كل واحد جنانية فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنائيات وجوابه ما ذكرنا *

قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة
وانى يوسف رح ومن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر
وجه الاول ان كلامها جنانية فيمادون النفس والمنفعة مختصة به فاشبهه الاعضاء المختلفة بخلاف
العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه الثانى ان السمع والكلام مبطن ^{يعتبر}
بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به **قال** وفي الجامع الصغير ومن شجر رجلا موضحة فذهبت عيناه
فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما ولا في الموضحة القصاص
قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من
الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى
وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل وامرؤ ^{مما بقي} لم يحك خلافا وينبغي ان تجب
الدية في السن كله ولو قال انقطع المفصل واترك ما ليس او كسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له
ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع وجبال نقد فصار كما لو شجته منقطة ^{قال} اشجته موضحة واترك الزيادة

وهو حكومة العدل في ارش الاصابع وفي المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب
الشعر بدليل انه لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء واذا وجب
كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب مادونه باعتباره ايضا *

قوله بسبب واحد وهو فوات الشعر بالشج **قوله** وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن
فيعتبر بالعقل فيدخل ارش الشجة في دية السمع والكلام **قوله** والبصر ظاهر فلا يلحق به
اي بذهاب العقل فلذلك لا يدخل ارش الشجة في دية البصر وقال في الايضاح وهذا الفرق
لا يتضح وذكر في المبسوط بعد ما ذكر عقل ابي يوسف رح ولكننا نقول محل السمع غير محل
الشجة وكذلك محل البصر وتغويتهما لا يتبدل النفس وانما يجب الدية لتغويت منفعة
مقصودة فيكون بمنزلة ذهاب لبصر بالشجة **قوله** قالوا وينبغي ان يجب الدية في العينين (اي)

لَهُمَا فِي الْخِلَافَةِ أَنَّ الْفِعْلَ فِي مَحَلِّينَ فَيَكُونُ جَنَائِتَيْنِ مُبْتَدَأَتَيْنِ فَالشَّبْهَةُ فِي أَحَدِنَهُمَا لَا تَتَعَدَّى إِلَى الْآخَرِ كَمَنْ رَمَى إِلَى رَجُلٍ عَمْدًا فَاصَابَهُ وَنَفَّذَ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ يَجِبُ الْقَوْدُ فِي الْأَوَّلِ وَلَهُ أَنَّ الْجِرَاحَةَ الْأُولَى سَارِيَةٌ وَالْجِزَاءُ بِالْمَثَلِ وَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ السَّارِي فَيَجِبُ الْمَالُ وَلَئِنْ الْفِعْلُ وَاحِدٌ حَقِيقَةً وَهُوَ الْحَرَكَةُ الْقَائِمَةُ وَكَذَا الْمَحَلُّ مُتَّحِدٌ مِنْ وَجْهِ لَا تَصَالُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ ^{أَنْ فاعِل ١٣}

أَيُّ قَالَ الْمَشَائِخَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الدِّيَةُ فِي الْعَيْنَيْنِ وَالْأَرْشَ فِي الْمَوْضِعَةِ وَقَوْلُهُ قَالُوا يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الدِّيَةُ فِي الْعَيْنَيْنِ أَيُّ قَالَ الْمَشَائِخَ عَلَى قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدِ رَحِمَهُمَا يَجِبُ الْقَصَاصُ فِي الْمَوْضِعَةِ وَالْدِّيَةُ فِي الْعَيْنَيْنِ وَأَنَّمَا كُرِّرَ لِفَتْحِ قَالُوا لِأَنَّ الْأَوَّلَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالنَّانِي فِي قَوْلِهِمَا *

قوله لَهُمَا فِي الْخِلَافَةِ أَيُّ فِيمَا إِذَا شَجَّ رَجُلًا مَوْضِعَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ قَالَا فِي الْمَوْضِعَةِ الْقَصَاصُ وَالْدِّيَةُ فِي الْعَيْنَيْنِ **قوله** وَلَهُ أَنَّ الْجِرَاحَةَ الْأُولَى سَارِيَةٌ إِلَى آخِرَةِ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ يَقُولُ هَذِهِ جَنَايَةٌ وَسَرَايَتُهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ بِجَابِ الْقَصَاصِ بِاعْتِبَارِ سَرَايَتِهَا فَلَا يَجِبُ الْقَصَاصُ بِاعْتِبَارِ أَصْلِهَا كَمَا لَوْ قُطِعَ مِفْصَلًا فَشَلَّتِ الْأَصْبُعَ وَهَذَا لِأَنَّ السَّرَايَةَ أَثَرُ الْجَنَايَةِ وَهِيَ مَعَ أَصْلِ الْجَنَايَةِ فِي حُكْمِ فِعْلٍ وَاحِدٍ وَأَدَايِلُ عَلَى أَنَّهُ سَرَايَةٌ أَنَّ فِعْلَهُ أَثَرٌ فِي نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَالسَّرَايَةُ عِبَارَةٌ عَنْ أَلَامٍ مُتَعَاقِبٍ مِنَ الْجَنَايَةِ عَلَى الْبَدَنِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فِي مَوْضِعَيْنِ مِنْهَا كَمَا يَتَحَقَّقُ فِي الطَّرَفِ مَعَ أَصْلِ النَّفْسِ إِذَا مَاتَ مِنَ الْجَنَايَةِ بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ فَإِنَّ الْفِعْلَ فِي النَّفْسِ الثَّانِيَةِ مُبَاشَرَةٌ عَلَى حَدِّهِ لَيْسَ بِسَرَايَةِ الْجَنَايَةِ الْأُولَى إِذَا لَا يَتَصَوَّرُ السَّرَايَةَ مِنْ نَفْسٍ إِلَى نَفْسٍ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ فِي حُكْمِ فِعْلٍ عَلَى حَدِّهِ وَهُوَ خَطَأٌ ثُمَّ يَعتَبَرُ حُكْمُ كُلِّ فِعْلٍ بِنَفْسِهِ أَوْ نَقُولُ أَنَّ ذَهَابَ الْبَصَرِ هُنَا حَصَلَ بِطَرِيقِ التَّسَبُّبِ وَالْعِلَلِ بَقِيَ شَجَّةٌ عَلَى مَا كَانَتْ وَالْأَصْلُ فِي سَرَايَةِ الْأَفْعَالِ إِذَا حَدَثَتْ لَمْ يَبْقِ الْأَوَّلُ كَالْفُطْعِ إِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ صَارَ قَتْلًا وَلَمْ يَبْقِ قُطْعًا وَهَهُنَا الشَّجَّةُ لَا يَنْعَدَمُ بِذَهَابِ الْبَصَرِ فَكَانَ الْفِعْلُ الْأَوَّلُ سَبَبًا إِلَى فَوَاتِ الْبَصَرِ بِمَنْزِلَةِ حَفْرِ الْبُثْرِ وَالسَّبَبُ لَا يَوْجِبُ الْقَصَاصَ *

(قوله)

فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه
وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعها فشلت
الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد
وزفرو الحسن رح يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه
وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره
انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص
اي على الذي ٣

قوله فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية يعني اذا صار لا يوجب القود يعاقبه اثر ذلك
في البداية **قوله** وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع يعني لو قطع اصبعها فاضطرب
السكين واصاب اصبعها اخرى خطأ منه اقتص في الاولى دون الثانية لانه قد صارت
مقصودة ونحن نسلم انها تصلح مقصودة وانما الكلام في احتمال الاتحاد وذلك عند السراية
يكون وقد كذا ذكره فخر الاسلام في الجامع الصغير وفي الايضاح بخلاف
ما اذا انسل السكين الى اصبع اخرى لان القطع في الاخرى ليس من اثر الفعل الاول
بل الفعل حله مقصودا فينفرد بحكمه **قوله** لانه ليس فعلا مقصودا اي لان ذهاب العينين
بالسراية في مسئلة الشجة ليس فعلا وراء الشجة فيكون السراية صفة الشجة فيكون
الفعل واحدا ولا كذلك ههنا لان قطع الاصبع الاخرى فعل غير الاول او يكون
معنى قوله لانه ليس فعلا مقصودا ان قطع الاصبع الاخرى لا يقصد من الاولى ان الخطأ
لا يقصد من العمد فلا يمكن ان يجعل الثاني تنمة للاول ونهاية له فلا يورث الشبهة
في الاول لكونهما فعلين متغايرين منفصلا احدهما عن الآخر من كل وجه بخلاف
السراية لانها قد يقصد بالفعل فامكن ان يجعل تنمة الفعل ونهاية له فيورث السراية
شبهة في اولها **قوله** والوجه من الجانبين قد ذكرناه اي في قوله ومن شج رجلا
موضحة فذهب عيناه الى آخره *

(قوله)

بخلاف الخلافة الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص ^{قاعدة} يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلماً ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية بن سماعة رح ولو اوضحه موضحين فتاً كلفه هو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقال عليه الارش كاملاً لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معني فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فرد صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم

قوله بخلاف الخلافة الاخيرة وهي قوله وان قطع اصبعاً فشلت الى جنبها اخرى **قوله** كما لو آلت الى النفس اي آلت الجراحة وسرت الى النفس اي قطع اصبع رجل عمداً فسرى ومات يجب القصاص **قوله** ظلماً اي عمداً قوله الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ايضاح لما ان ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين في اثبات موجبه دون الشجة كما اذا سرى الموصحة الى النفس لا يبقى الموصحة معتبرة حتى لا يجب موجبها بل المعتبر هو الجناية على النفس **قوله** فهو على الروايتين هاتين يعني يقتص منه على رواية ابن سماعة عن محمد رح وعلى الرواية المشهورة لا قصاص كما لو كسر بعض السن فسقطت **قوله** وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة عدل اي فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانها اخرى تجب حكومة العدل لمكان الالم الحاصل اي يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة كذا نقل عن ركن الائمة الصناعات رح * (قوله)

فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها
فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنة سن النازع
 فثبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمس مائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق
 لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث ثبتت مكانها اخرى فانه دمت الجناية ولهذا
 يستأنى حولا بالا جماع وكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا ان في
 اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكثفنا بالحول لانه ثبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول
 ولم تثبت قضينا بالقصاص واذا ثبت تبين انا خطأ نافية والاستيفاء كان بغير حق الا
 انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت
 يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه

قوله فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به قال شيخ الاسلام وهذا اذا لم يعد الى
 حالها الاولى بعد البات في المنفعة والجمال والغالب ان لا يعود الى تلك الحال لان المقلوع
 لا يلزق بالعصب والدروق في الغالب فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة واما لو تصور
 عود الجمال والمنفعة بالانبات لم يكن على القالع شيء كما لو ثبت السن المقلوعة كذا في الذخيرة
قوله ولهذا يستأنى حولا اي يؤجل سنة بالا جماع ثم هذه الرواية تخالف رواية التتمة وفيها
 ان في سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول وهو الصحيح لان نبات
 سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا انه قبل البرء لا يقتص ولا يوخذ الارش لانه لا يدري عاقبته
 وفي الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستبناء حولا في فصل البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام
 في الجراحات كلها يستأنى حولا وفي المجرى من ابي حنيفة رح انه اذا نزع سن انسان
 ينبغي للقاضي ان يأخذ ضمينا من القالع ثم يؤجله سنة من يوم النزع فاذا مضت السنة
 ولم ينبت اقتص منه قال هشام قلت لمحمد رحمه الله في من ضرب سن رجل فسقط اينتظر بها
 حولا لعله ينبت قال لا فقلت اقال واحد من اخوانك ينتظر قال لا انما ذلك اذا تحركت * (قوله)

فأختلغا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً وهذا بخلاف ما إذا شجّه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فأختلغا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيوثق في السقوط فافترقا وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فيما سقط بضربه فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لاشي على الضارب وعن أبي يوسف رح أنه يجب حكومة الالم وسنين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها سودت بسبب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب المقصاص لأنه لا يمكنه أن يضربه صرباً يسود منه وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص

قوله فأختلغا قبل السنة فيما سقط بضربه أي قال المضروب سقطت من ضربك فقال الضارب لا بل من ضرب رحل آخر فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً إلا أن التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله في تلك المدة فكان من ضرورة اعتبار الاجل أن يعتبر قول المضروب إذا لم يعتبر لم يكن مفيداً وإما بعد مضي الحول فقد انتهت وقت ظهور الاثر فالمضروب يدعي على الضارب أن السقوط من أثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله **قوله** وسنين الوجهين بعد هذا أي وجه قوله لاشي على الضارب ووجه حكومة الالم والموعود بعد هذا وهو قوله سقط الارش عند أبي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف رح ارش الالم لأن الشين وأن زال فالالم الحاصل ما زال **قوله** ولكنها سودت يجب الارش وفي الذخيرة ثم إن محمداً رح اوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضرار التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الاضرار التي لا ترى فإن فالت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كما صلا وإن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل لأن منفعته قائمة وجماله ليس بظاهر فهو كندوة الرجل فيجب فيه حكومة عدل وإن كان من العوارض التي ترى يجب كمال الارش وأن لم يفت منفعته لأنه فوت جمالا ظاهراً على الكمال * (قوله)

(كتاب الديات ٠٠٠ فصل في الشجاج)

لما ذكرنا وكذا الواحمر واخضر **قال** ومن شجر جلا والتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رح عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمان الدواء بفعله فصارك انه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تقوم الا بعقد او شبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا

قوله لما ذكرنا وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه **قوله** وكذا الواحمر واخضر اي لاقصاص بل يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله وان اصغرت روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح ان فيها حكومة عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة رح انه قال في الحر لا يجب شيء وفي المملوك حكومة عدل وعند محمد رح فيهما حكم عدل وهو قول ابو يوسف رح لان الجمال على الكمال في بياض السن فبالصفرة انتقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب في المملوك حكم عدل فكذا في الحر ولا يبي حنيفة رح ان الصفرة من الوان السن فلا يكون دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل فوته والمملوب بالسن في الاحرار المنفعة وهي قائمة بعد ما اصغرت وفي المملوك المالية وقد ينقص المالية بالاصفرار كذا قررة في المبسوط **قوله** فصارك انه اخذ ذلك من ماله لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمان الدواء بفعله فصارك انه اخذ ذلك من ماله فيرجع عليه **قوله** الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تقوم هذا جواب عن قولهما وهو قوله فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقوله انما لزمه اجرة الطبيب بفعله وحاصل الجواب ان تحمل الالم من المنافع عند ابي حنيفة رح وكذلك معالجة الطبيب والمنافع انما تقوم بالعقد كما في عقد الاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او شبهته كما في عقد الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد احدهما في حق الجاني فلا يغرم شيئا ولا قيمة لمجرد الالم الا ترى انه لو ضربه ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه لا يجب شيء اريت لو شتمه شتمة كان عليه ارش باعتبار ايلام حل بقلبه * (قوله)

قال ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثر فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل وانا قوله عليه السلام يستأني في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العوائل عمداً الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالاً لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع *

قوله ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب وانما قيد بقوله فجرحه لانه اذا لم يجرح في الابتداء لا يجب عليه شيء بالاتفاق كذا ذكره الامام الكسائي وقاضيان **قوله** ثم قتله اي خطأ **قوله** لان الجناية من جنس واحد اي من حيث انها خطأ **قوله** وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة كقتل الاب ابنه عمداً **قوله** الحديث ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون ارش الموضحة وقوله ولا عبداً اي لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبداً فيمادون النفس لان اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا يقبل الجنایات المالية حتى لو قتل عبداً انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك بها مسلك الاموال وقد قيل ان المراد منه ان العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع او الفداء دون عاقلة المولى كذا في الاوضح **قوله** لانه مال وجب بالقتل ابتداء اي لا بمعنى يحدث بعد القتل كالصلح على المال * (قوله)

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح يجب حالا لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا يجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم نبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ومالم يجز التخليط باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهو في ماله ولا يصدق على عاقلة لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة **قال** وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبا خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمدة عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو التصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله

قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين فان قيل لما وجب المال يجب غسله لان وجوب المال يمنع الشهادة فيل وجب القصاص ههنا لانه عمدا لانه تعذرا استيفاؤه لشرف الابوة فوجب البذل كيلا يهدر الدم وللبذل حكم المبدل وقال الفاصي الامام ابو زيد رح يجب القصاص على الصبي كما يجب عليه اروش الجنايات وضمان المتلفات الا انه سقط لكونه مظنة للمرحمة **قوله** لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل لان الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا يتماثلان **قوله** لاسيما الى زيادة المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية الا ترى ان في العرف يشتري الشيء بالنسيئة باكثر مما يشتري بالنقد فاجاب المال بالقتل يكون زيادة على ما وجبه الشرع معنى كذا في المبسوط **قوله** ومالم يجز التخليط باعتبار العمدية قدرا اي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف تبع القدر **قوله** لما روينا وهو قوله عم لاتعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا **قوله** وقال الشافعي رح عمدة عمداي عمدا كل واحد منهم * (قوله)

ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلنان بالقتل ولما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمدة وخطاؤه سواء ولأن الصبي مظنة المرحمة والعافل الخاطيء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر وأولى بهذا التخفيف ولأن سلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني يتحقق منهما القصد وصار كأننا ثم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كما سمها ستارة ولا ذنب يسترة لأنهما مرفوعا القلم والله اعلم *

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف مشرا دية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الأنثى عشرة دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبدا وامة قيمة خمسمائة ويروي او خمسمائة فتركنا القياس بالاثرو وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رح

قوله ولهذا تجب الكفارة به اي بهذا القتل وقيل اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا ان التكفير بالصوم لا يجب **قوله** على أصله اي ثبت الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي رح لانهما يتعلنان بالقتل والله اعلم *

فصل في الجنين

قوله ففيه غرة وهي نصف عشر الدية غرة المال خيارة كالعرس والبعير والبخت والعبد والامة الفارغة كذا في المغرب وفي مبسوط شيخ الاسلام سمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد تسمى غرة وقيل لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لان اول شيء يظهر منه الوجه * (قوله)

وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس فلهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوة وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ماديون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل النفس وهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال باغنا ان رسول الله ^ص عم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالناسي في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة

قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم قيل معاه لما كانت خمس مائة درهم وقيل هذا احتراز عن جنين الامة اذا كانت لا تبلغ خمسمائة درهم لكن هذا القيد انما يفيد اذا وجب غرة جنين الامة على العاقلة عند بلوغها خمسمائة درهم وما يجب في جنين الامة هو من مال الضارب مطلقا كذا في الايضاح والخيرة ولا يفيد القيد في هذه الفائدة **قوله** لانه بدل الجزء اي جزء للام ولهذا لا يصلي عليه ولا يسمى ولا يرث **قوله** ولهذا سماه رسول الله عليه السلام دية حيث قال دوة اي ادوايته سمي الواجب في بدله دية وهو اسم لبذل النفس فان امرأة ضربت بطن صاحبها بعدور فسطاط فالت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله عليه السلام فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دوة فقالوا اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومنل دمه يطل فقال عليه السلام سجع كسجع الكهان قوموا فدوة **قوله** الا ان العواقل لا تعقل ماديون خمسمائة يعني انه عليه السلام لما سماها دية وهي بدل النفس كان ينبغي ان يتحملها العاقلة وان كان دون خمسمائة لان بدل النفس يتحملها العاقلة اقل واكثر الا ان الغرة بدل الجزء من وجه فلهذا لم يتحملها العاقلة اذ لم يبلغ خمسمائة **قوله** لان بدل العضو اذا كانت ثلث الدية او اقل (او اكثر)

بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في غير الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية والتفاوت في الجنين فيقد ر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القتل حيا ثم مات فعليه دية كالملة لانه اتاف حيا بالضرب السابق وان القتل ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القتل ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لان الطاهر موته بالضرب فصاركما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي ^{موت الجنين} موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين موروث عنه لانه يبدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل *

او اكثر من نصف العشر اكثر بالنصب على البدل من اقل هو الصحيح لكن التقريب انما ينأتى ان لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له الا له لما كان اكثر من نصف العشر مؤجلا سنة او اقل ان يكون نصف العشر مؤجلا بها *

قوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين كما لو اشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين **قوله** لتفاوت معاني الآدمية اي في المالكية وفي الايضاح ان تفضيل بدل الذكر على بدل الانثى باعتبار تفاضل ما بينهما في المالكية فان الذكر مالك والاوثكا حا والانثى مالكة مالا مملوكة نكا حافكان التفاوت بينهما فيها هو من خصائص الآدمية وهذا المعنى مؤثر في التفاوت في البدل وهذا المعنى معدوم في الجنين لانه لا مالكية في الجنين فاذا لم يتفاوتا استويا في البدل وما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشوء (والانثى)

قال وفي جنين الامة اذا كان ذكر ا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيتدربها

والانثى في معنى النسو يساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا كما بعد الانصال فلها اجوزنا تفصيل الانثى على الذكر لو تصور *

قوله وفي جنين الامة اى الذي لا تحمله من مولاها ولا من المغرور لان الحمل من احدهما حر فتجب الغرة ذكر كان او انثى **قوله** اذا كان ذكر ا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى بيان هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهياته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فاذا ظهر قيمة الكل بعد هذا ان كان ذكرا فوجب نصف عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته ولو ضاع الجنين ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهياته على تقدير انه حي ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الامة المضروبة كان القول قول الضارب لانكاره الزيادة كمن قتل عبدا خطأ ولم يشأ هذه القاضى قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهياته لو كان حيا ووقعت المنازعة بين صاحب القتل والقاتل يجعل القول قول القاتل مع اليمين كذا هنا فان قيل ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وانوثته فماذا يجب قلنا نأخذ بالمتيقن كمن قتل عبدا خطأ والمقتول خشي مشكل فانه يجب المتيقن كذا هنا كذا في الذخيرة **قوله** لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان حتى انه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب كما لو قلع ساق فتبت مكانه آخر لم يجب شيء وههنا يجب بدل الجنين وان لم يكن في الام نقصان دل ان وحوية باعتبار معنى النفس **قوله** ولا معتبر به اى بظهور النقصان في ضمان الجنين بدليل انه يجب ضمان الجنين وان لم يظهر في الام نقصان *

(قوله)

وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان
 لضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما ذكره ان شاء الله تعالى فصيح الاعتبار
 على اصله فان ضربه فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمة حيا ولا تجب
 الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب
 القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب
 والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه
 غير مضروب لان الا عتاق قاطع للسراية على ما يأتى من بعد ان شاء الله تعالى
قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله يجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان
 الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل
 قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر
 مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام
 لا طلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانتضاء العدة والنفاس وغير ذلك
قوله وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام وفي المبسوط ثم وجوب البدل
 في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وهو ظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله وعنه في رواية انه
 لا يجب الاضمان نقصان الام ان تمكن فيه نقص فان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين
 البهيمة لان الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال حتى يجب قيمته باللغة ما بلغت
قوله فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا بحالة
 الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا بحالة التلف ولا يقال ان هذا اعتبارا
 بحالة الضرب فقط لان الواجب في تلك الحالة قيمته حيا ايضا لانا نقول جاز ان لا يكون حيا
 فلا تجب قيمته حيا فذاك بل تجب الغرة **قوله** ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت
 زاجرة والزجر انما يكون بشيء فيه عقوبة حتى انها يتأدى بالمال والمال شقيق الروح فكان
 ازالة المال منه بمنزلة ازالة الروح ومن وجه عبادة لتأديته بالصوم * (قوله)

فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسا والله اعلم *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا وميزابا وجرصنا او بنى دكانا لرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه ^{بذاته} وبذاته ^{بذاته} وبذاته ^{بذاته} كان له حق النقض كما في المالك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك *

قوله فكذا في حق هذا الحكم وهو وجوب الغرة والمرأة اذا ضربت بطن نفسها او شربت دواء لي طرح الولد متعمدة او عالجت فرجها حتى اسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بخير اذن الزوج وان فعلت باذنه لا يجب شيء كذا في الصغرى والله اعلم *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قوله ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا وميزابا وجرصنا الكنيف المستراح الحجر من دخیل اي ليس بعربي اصلي قد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء تركب في الحائط ومن الامام البزدوي رح جذع يخرج من الانسان من الحائط ليبنى عليه كذا في المغرب وفيه العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة اي من شقها لا من ضميمها ومراد الفقهاء بعد العصابات وقيل المراد بالعرض ههنا بعد الناس في المنزلة اي اضعفهم وارذلهم وذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير الجرس من البرج الذي يكون في الحائط ثم قال الكلام في المسئلة في ثلثة مواضع احدها انه هل يحل احداث هذا في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في الدفع والثالث في ضمان ما يتلف بهذه الاشياء اما في الاحداث قال شمس الائمة السرخسي رح في شرح هذا الكتاب فان كان الاحداث يضربا هل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان لا يضربا احد لسعة الطريق جاز له احداثه ما لم يمنع منه لان الطريق معد للتطريق وحق العامة (و)

قال يسع للذي عمله ان ينتفع به . لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق . اني معناه به

وفي احداث شيء فيما هو حق العامة يعتبر الضرر عملاً بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام فنيما يتمكن فيه الضرر هو اسم في الاضرار بغيره وفيما لا يتمكن فيه الضرر يترفق
بالمباح ولا يضرور بما ينتفع به غيره فالما ينتفع به من حيث انه يندفع به السلب والحر والبرد
وقال الفقيه ابو الليث رح وهذا نظير رجل له على غيره دين فان طالبه صاحب الدين بقضائه
لا يسعه ان يؤخره دفعا للضرر عن صاحب الدين وان لم يطالبه كان في سعة من تأخير
وعلى هذا لو قعد الرجل في الطريق يسع ويشترى ان كان الطريق واسعا لا يضر الناس
بقعوده جاز له ان يقعد وان كان فيه ضرر بالناس لا يجوز له القعود فاما في الخصومة فقال
ابو حنيفة رح لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع
سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون حقا للعامة
الى الامام لتسكين الفتنة فالذي يضع بغير اذن الامام بغتات على رأي الاءام فيه فلكل احد
ان ينكره عليه وعلى قول ابي يوسف رح لكل احد قبل الوضع ان يمنعه منه لا بعد الوضع
لان قبل الوضع لكل احد يدفيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع
فتد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتا
وعلى قول محمد رح ليس له ان يخاصم بالمنع ابتداء ولا بالدفعة انتهاء اذا لم يكن فيه
ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام فيه بخلاف ما لو كانت السكة غير
نافذة بانه ممنوع من احداثه شرعا وان لم يكن يتصر به اهل السكة لانه كالمملوك لهم
وفي المالك المشترك لا يعتبر الضرر وعن ابي قاسم الصغار انه قال انما يلتفت الى خصومته
اذا لم يكن له مثل ذلك اي من الجرح وغيره فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه
لو اراد ازالة الضرر عن الناس لبيد بنفسه وحيث لم يبدأ دل انه متعنت وليس بمحتسب
ولا يتضي عليه بالهدم بخصومة العبد والصبيان المحجورين لان خصومة المحجور (لا)

اذا المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بناه اذن يشرع كيفية ولا يزا بالاباذنهم
 لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او
 لم يضر الاباذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اصرلانه يتعذر الوصول الى اذن
 الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع
 ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي دلي الشركة حقيقة وحكما *

لا يعتبر في ماله وكذلك في مال غيره وان حاصمه ذمي يقتضي عليه بالهدم لان للذمي
 حق في الطريق وهذا اذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه فان بنى شيئا للعامة كالمسجد
 ونحوه ولا يضر بالمسلمين لا ينقض كذا روي عن محمد بن ح واما الضمان فنقول الذي
 اخبر به من ملأ في به لانه متعدد في التسبب الى الاتلاف من حيث انه شغل بما صنع طريق
 المسلمين فيضمن كمالو حفريرا على قارة الطريق لكن المتلف ان كان آداه فالضمان
 على عاقلة وان جرح انسانا ان بلغ ارشه ارش الموضحة يجب على العاقلة واذا كان دونه
 يجب في ماله وان اصاب مالا فالتلفه فضمانه في ماله *

قوله اذا المانع متعنت اي المانع من الانتفاع والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر
 فيه لنفسه ولا لغيره قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا يضر الرجل
 اخاه ابتداء ولا جزاء لان الضرر يكون بمعنى الضرر وهو يكون من واحد والضرر من اثنين
 بمعنى المضارة وهو ان تصر من ضرر كذا في المغرب والضرر في الجزاء هو ان يتعدى
 المجازي على قدر حته في الفصاص او غيره الدرب الباب الواسع على السكة والمراد به
 في توله زقاق او درب غير نافذ السكة الواسعة نفسها كذا في المغرب **قوله** لانها مملوكة لهم
 اي الغالب لانها مملوكة وذكر الامام الكسائي رح الا ان يأذن جميع اهل الدرب لانها
 مملوكة لهم هذا هو الغالب وفي الجماع الصغير لغير الاضرار سلام رح المراد بغير النافذة (المملوكة)

قال واذا اشرع في الطريق روشنا وميزابا ونحوه فسقط على انسان فعطب بالدية على عاتله لانه مسبب لتلفه وتعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة او عثر بذلك رجل فوقع على آخر فما تانا لضمان على الذي احده فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعد يافيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولولم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا بالاحوال ولو اشرع جناح الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبه في الطريق ثم باع الخشبه

المملوكة وليس ذلك بعتل الملك فقد يتغذوهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة ولكن ذلك دليل على المالك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه الروشن الممر على العلو وهو مثل الزق كذا في المغرب وقيل الروشن الخشبه الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور *

قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان اي فعطب وفي بعض النسخ وكذا اذا عطب بنقضه اي انسان فالدية على عاتله من اشرع الروشن او غيره **قوله** او عثر بذلك اي بالنقض رجل فوقع على آخر فما تانا لضمان على الذي احده فيهما اي فضا منهما على من اشرع الروشن او غيره **قوله** اعتبارا بالاحوال اي للحالين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف وفي رواية اخرى قاضيخان وان لم يعلم ايهما اصابه في القياس لا شيء عليه لوقوع الشك في الصمان وفي الاستحسان يضمن النصف *

(قوله)

وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو
الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمر افا حرق شيئا يضمنه
لانه متعدي فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لفسخ الريح فعله
وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمبا شرته

قوله وبرئ اليه منها اي برئ مما يحدث منه وهذا التبري لا ينفعه لانه يبرء من ضمان يجب
عليه وتبرء الانسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل وان كان بعد سبب الوجوب **قوله** فالضمان
على البائع لان فعله وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب وكذلك في الجناح وجدت
الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح وبالبيع لم يزل هذا الشغل فبقيت جناية
على حالها فان قيل المشتري جان ايضا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعا قلنا المشتري
غير مباشر ولا مسبب لانعدام الفعل منه وانما صار تاركا معروفا فلا يضمن كمن رأى اعمى
يقع في البئر فلم يمنع من الوقوع حتى مات او رأى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام
فلم يدفعه اليه حتى مات او وضع رجل حجرا في الطريق فمر به انسان وامكنه الرفع كان
عليه ان يرفع وان لم يرفعه حتى عثر به انسان ومات لا ضمان عليه لما انه غير مباشر ولا
مسبب **قوله** ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه اي لو حركت
الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا هبت بشررها فاحرقت
شيئا فالضمان عليه في ذلك لان الريح انما ذهبت بشررها وام يذهب بعينها فالعين باق
في مكانه فكانت الجناية باقية فكان ضمان ذلك عليه **قوله** وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه
هذا اختيار الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح وكان شمس الائمة الحلواني رح
لا يقول بالضمان من غير تفصيل كذا في الذخيرة **قوله** قد افضى اليها اي عاقبته
وهو الحرق بواسطة الريح فلا يفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع الى موضع لانه كان عالما به
بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها كذا في المبسوط *

ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده بل لم ينتقل فعلهم اليه فاقصر عليهم وان سقط بعد فراغهم

قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الى آخره قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي اولي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة حتى بنوا جناحا ثم سقط فاعصاب شيئا فالضمان على الاجراء يرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر رجلا غيره ليدبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فله المستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر كذا هذا وان قال المستأجر للأجراء اشراعوا لي جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح او لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فالتف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء لم يرجعوا به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس لان المستأجر امر الاجراء ما لم يملك مباح شرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليدبح شاة جارية فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وكما لو استأجر ليبنوا له بناء في وسط الطريق ثم سقط فالتف شيئا لم يرجعوا به على الامر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه مباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من (العمل)

فالصمان على رب الدار استحساناً لانه صم الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم
 عمارة واصلاً حافاً انتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلماذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق
 فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء وتوضاً لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
 بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد
 ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار لمشاركة قالوا هذا اذا
 رش ماء كثير بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به
 لا يضمن ولو تعدد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل
 هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعاً للمرور ولا اثر الماء فيه فاذا تعدد المرور على
 موضع صب الماء مع جلته بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق
 يضمن لانه مضطرب في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها
 جميعه او بعضه ولو رش ثناء حانوت باذن صاحبه فصمان ما عطب على الآمر استحساناً

العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان الامر انما صم من حيث انه يملك الانتفاع بفناء
 دارة وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل فلذلك كان اظهار شبهة الصحة بعد
 الفراغ اولى من اظهاره قبل الفراغ كذا ذكره الامام المحبوبي *

قوله فالصمان على رب الدار استحساناً وفي القياس هذا كالاول لانهم باثروا احداث
 ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر امره فيما له ان يفعل بنفسه
قوله بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة يعني لو صب الماء ورشه او توضاً في سكة
 غير نافذة فعطب به انسان ينظر ان فعله ليس من جملة السكنى كحفر البئر لا يضمن حصه
 نفسه ويضمن حصه شركائه وان فعل شيئاً من جملة السكنى كما اذا وضع خشبه او توضاً
 او قعد او اتف دابة فعطب به انسان فالقياس كذلك وفي الاستحسان لا يضمن شيئاً لان
 الطريق في سكة غير نافذة مملوك لاهل السكة مشترك فيما بينهم فكان الجواب (فيه)

وإذا استأجر جيرا يبنى له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر *

قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلة وان تاعمت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعدد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشب لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكياسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنجاة غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نجاه لان حكم فعله قد انتسخ لعراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر في الجامع الصغير في البلوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعدد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امر فهو متعدد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأى الامام فيه كالجواب في الدار المشتركة فالجواب في الدار المشتركة انه اذا احدث احدا الشركاء حدا بغير اذن شركائه على التفصيل الذي ذكرنا كذا ههنا بخلاف ما اذا كانت السكة نافذة *

قوله وإذا استأجر جيرا يبنى له في فناء حانوته الى قوله يجب الضمان على الأمر استحسانا هذا اذا لم يكن الفناء مملوكا للمستأجر الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها كذا في المغرب وذكر الامام الترمذ شي رح الفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فناءه اذا كان لا يتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره في ذلك ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة البالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة ذكرها في الصحاح الافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من القوت بمعنى السبق وفي حديث عبد الرحمن بن ابي بكر (١)

او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا الحفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء دارة لان له ذلك لمصلحة دارة والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له

امثلي يفتات عليه في بنائه مبنيا للمفعول اي لا يصلح امرهن بغير اذني كذا في المغرب * **قوله** او هو مباح مقيد بشرط السلامة لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة وفي شرح الاقطع وقد قال الوقعد في الطريق ليستريح او لمرض اضعفه فعثر به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة كما ان الله تعالى اباح الرمي الى الصيد ولو رمى الى صيد فاصاب آدميا او شاة ضمن فاعتبر فيه السلامة فكذلك ههنا **قوله** وكذا الجواب على هذا التفصيل وهو انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر واحد يضمنه **قوله** مما ذكرناه اي من اول الباب الى هنا من اخراج الكيف والميزاب او الجرح من او غيرها الى الطريق الاعظم وكذلك اشراع الروشن وحفر البثر في طريق المسلمين **قوله** وغيره وهو كبناء الظلة وغرس الاشجار ورمي السلم والجلوس للبيع وهذه الاشياء غير مذكورة وقد ذكرها الامام الترمذي **قوله** اركان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر بالمارة او اذن له الامام **قوله** وغما اي اختناقا بالعفون وثوبى الصباح يوم غم اذا كان بأخذ النفس من شدة الحر **قوله** لانه مات لمعنى في نفسه اي صار كانه مات حتف انفه لا بسبب الوقوع في البثر وفي المبسوط وابو حنيفة رح يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحفر اذ هلك بسبب الوقوع يجعل الحافر كالمدافع فاما اذا طرأ عليه سبب آخر هو سبب لهلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه او الغم الذي اثر في قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا يصنع للحافر فيه * (قوله)

لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبشر وقال محمد رح هو ضامن
 في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولا ذلك كان الطعام قريبا منه وان استأجر
 اجراء فحفر وهاله في غير فئائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا
 انها في غير فئائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
 فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك بضمن
 المأمور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والنجيب للمباشرة فيضمن
 ويرجع للمغرور وهما يجب الصمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
 والا جبر غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء
 لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا
 فثائي وليس لي فيه حق الحفر فحفر وافمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم
 علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة
 كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من انشاء الطين والخطب وربط الدابة والركوب
 وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه *
 قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعتمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي
 جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعتمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبب

قوله لانه لا سبب للغم سوى الوقوع لانه اثر جعل الارض عميقا وهو من آثار حفرة فان البئر
 ينبعث منها العفونة فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر واما الجوع فله سبب
 آخر سوى الوقوع وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام
قوله لولا لكان الطعام قريبا منه والحافر متعد في ذلك السبب اذ الحكم تارة يضاف الى السبب
 بغير واسطة وتارة بواسطة وكذلك يضاف الى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة **قوله** لان الاول
 تعد هو تسبب وهو بناء القنطرة ووضع الخشبة وانما سمي ببناء القنطرة تعديا لان الذي جعل (ا)

والثاني تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشراولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقيد بوصف السلامة واللبس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقيد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رح انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه *

قال وان كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بوارى او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذ عند ابي حنيفة رح وقال لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل واحد ما ذون في اقامتها لا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولا يبي حنيفة رح وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لا يلهي دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق

القنطرة فوت حقا على غيره فان التدبير في موضع القنطرة على الانها العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكانه جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد كذا في مبسوط شيخ الاسلام *

قوله والثاني تعد هو مباشرة لانه اذا تعد المرور بان كان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور صار متعديا فينسب التلف اليه دون المسبب وصار كانه اتلف نفسه فاما اذا لم يتعد بان كان اعمى او لم يلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن **قوله** وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن **قوله** يشتمل الوجهين وهما تلف الانسان بوقوع ذلك الشيء المحمول عليه وتلف الانسان بالتعثر بذلك الشيء المحمول بعدما وقع في الطريق **قوله** وعن محمد رح اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل اي لبس ثوبا زيادة على قدر الحاجة يضمن اذا سقط منه وعطب به انسان لانه لا يعم به البلوى * (قوله)

كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله *

قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن والتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مرفيه ما راقعه فيه الحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق اهمان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة اولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرر وان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشى في الطريق والمشى في المسجد اذا وطئ غيرة والنوم فيه اذا انقلب على غيرة وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده *

قوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فان شهادته من حيث انها شهادة في حقوق الله تعالى حسبة كانت او قربة ولكن من شرط قبول الشهادة في الزنا ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقضت الشهادة فذا فاجب حد القذف على الشاهد **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن والتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مرفيه ما راقعه فيه الحديث فهو على هذا الخلاف وذكر شمس الائمة السرخسي رح في الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول ابي حنيفة رح انه اذا كان الجالس منتظرا للصلوة فانه لا يكون ضامنا لما يعطب به لقوله م المنتظر للصلوة في الصلوة مادام ينتظرها وانما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه والحديث او قراءة القرآن وذكر في الذخيرة واما (اذا)

فصل في الحائض المائل

قال واذا مال الحائض الى طريق المسلمين فطوبى صاحبته بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصاركما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائض لما مال الى الطريق فقد اشغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفع في يده فاذا تقدم اليه وطوبى بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما وقع ثوب انسان في حجرة يصير متعديا بالامتناع من التسليم اذا طوبى به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائض يمين لدفع هذا الضرر اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او تعدل لتدريس وتعليم الفقه او الاعكاف او قعد بذكر الله وتسبيحه او لقراءة القرآن فعثر به انسان فمات هل يضمن عاى قول ابي حنيفة رح قال بعضهم يضمن واليه ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله الجرجاني فاما اذا كان يصلي فعثر به انسان فانه لا ضمان عليه سواء يصلي الفرائض او التطوع لان التطوع يصير فرضا بعد الشروع قال العقيه ابو جعفر رح في كشف الغوامض سمعت ابا بكر البلخي ان جلس لقراءة القرآن او معتكفا في المسجد لا يضمن عندهم جميعا وذكر فخر الاسلام والصدور الشهيد في الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالاجماع لانه غير مباح وان جلس رجل من غير العشرة فيه في الصلوة فتعطل به انسان لا يضمن في الصحيح لان المساجد اعدت لصلوة العامة من غير خصوص فكان لكل واحد ان يصلي فيه وحده وانما المفوض الى اهل المسجد امر الصلوة بالجماعة *

فصل في الحائض المائل

قوله والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رح **قوله** لانه لا صنع منه مباشرة اي لانه (لم)

وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تالف به من النفوس نجب الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وماتلف به من الاموال كالذواب والعروغ يجب ضمانها في ماله لان العوائل ان نعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من الامر اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى دة الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يتهيأ الحائط لانعدام التعدي **قال** زويني الحائط ما يلا في الابداء قالوا يضمن ماتلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابداء كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم

لم يباشر التلف ولم يباشر ما عو شرط التلف وهو متعدي فيه وصورة الطلب ان يقول ان حائطك هذا مائل فاهدمه وفي المنتقى رجل له حائط مائل فقال له آخر اهدم هذا الحائط فانه مائل فهذا اشهاد عايه ولو قال له ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس باشهاد عليه بل هو مشورة ويشترط لصحة التقدم والطلب ان يكون التقدم والطلب الى من له ولاية التفريغ لان الفعل انما يطلب من القادر حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعاره فلم ينقض الحائط حتى سقط على انسان لا ضمان على احد اما على السكان فلان التقدم اليهم لم يصح واما على المالك فانه لم يتقدم اليه وكذلك يشترط ان يكون التقدم والطلب من صاحب الحق والحق في طريق العامة للعامة فيكتفى بطلب واحد من العامة وفي السكة الخاصة الحق لا صاحب السكة فيكتفى بطلب واحد منهم ايضا وفي الدار شرط طلب المالك وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ الى وقت السقوط *

قوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كما في الرمي الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى وقطع العضو لا كلمة عند خوف هلاك النفس * (قوله)

والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الازم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقص له ثم التألف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الي احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده

في الطريق ينبغي ان يصح التأجيل والاسقاط من واحد في حقه حتى اذا سقط الحائط على هذا المؤجل او ولي له او مال له كان ينبغي ان لا يجب الضمان لانه له ولاية اسقاط حق نفسه قلنا حقه في الطريق الا عظم غير معلوم ولا يحتمل الاسقاط وهو لا يحتمل الوصف بالتجزى حتى يسقط في حق البعض دون البعض وحقه في الطريق المرو فيه وهو لا يحتمل الاسقاط حتى لو قال اسقطت حقي فلا امر في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل اسقاطه ولان هذه شركة عامة ولا عبرة بها في نفاذ التصرف الا ترى ان تصرف واحد من المسلمين في مال بيت المال لا ينفذ في حقه ولا في حق غيره لكون الشركة عامة كذا ههنا وانما يصح من الواحد طلب التفريغ والاشهاد باعتبار ان الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة ولهم في الاشهاد منفعة اما في التأخير ضرر فلا يقوم الواحد فيه مقامهم *

قوله والى اب اليتيم اى الى اب الصبي **قوله** والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله اى فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي وفي المبسوط واذا تقدم الى اب الصبي او الوصي في نقض الحائط فلم ينقضه حتى سقط فاصاب شيئا فضمانه على الصبي لان الاب والوصي يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كاتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط **قوله** ثم التألف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد حتى يباع العبد فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على (المولى)

لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولوسط الحائط المائل على
 انسان بعد الا شاهد فقتله فتعثر بالقتيل ^{بغيره} غيره فعطب لا يضمنه لان التفرغ عنه الى الاولياء
 لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفرغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل اشهاد
 على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولوعطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه
 وهي ملكه ضمنه لان التفرغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفرغ الى مالها واذا كان
 الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذاك على
 عاقلة وان كانت دارين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين
 الآخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلة وهذا عند ابي حنيفة رح

المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه
 ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك في التزام ضمان الجناية على النفس هو كالحجر عليه
 لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط *
قوله لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي هذا جواب الاستحسان
 واما جواب القياس فهو ان لا يضمن واحد من الورثة اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من
 النقض فلم يفد التقدم فائده في حقه فان واحدا منهم كما لا يتمكن من بنائه لا يتمكن من
 نقضه ايضا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يكن واحد منهم متعديا في ترك التفرغ فاما
 جواب الاستحسان فانه يضمن هذا الذي اشهد عليه بحصته فيما اصابه لانه كان متمكنا من
 ان يطلب شركاءه اجمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعة منهم منعذ رعاة فلو
 لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر والضرر مدفوع كذا في المبسوط **قوله** ولو
 عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه حائط مائل اشهد عليه فوضع
 صاحب الحائط او غيره عليه جرة فسقط الحائط ورمى بالجرة على انسان فقتله فالضمان
 على صاحب الحائط ولو عثر بالجرة او بنتضها احدان كانت الجرة لغير صاحب (الحائط)

وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر
وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما صر في عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدور والعمق المقدور لان اصل ذلك
ليس بعلقة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجمع العلة واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة
ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت
او كبرت على ما عرف الا ان عند المزا حمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم *

الحائط فلا يضمن احدا ما صاحب الحائط فلان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا
على الجرة واما صاحب الجرة فلانه لم يوجد الا اشهاد عليه حتى لو كانت الجرة
لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها *

قوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين اي في فصل الحائط المائل المشترك
بين خمسة وفي فصل دار بين ثلاثة نفر وقيل جواب ابي حنيفة رح فيما اذا مات القتل بثقل
الحائط وابي يوسف ومحمد رح لا يخالفانه في ذلك وجوابهما فيما اذا مات بسبب الجرح
بان جرحه الحائط وابي حنيفة رح يوافقهما في ذلك **قوله** وهو الثقل المقدور اي في الحائط
والعمق المقدور اي في البئر **قوله** لان اصل ذلك ليس بعلقة اي القليل من الثقل والعمق
لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء علة فيعتبر الكل علة واحدة فيضاف الحكم
اليها ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها
صغرت او كبرت الا عند المزا حمة اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على بعضها فلما
اضيف التلف الى الكل وبعض الجراحات معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل
الذي هو غير معتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احد النصفين
واهدر الآخر وهذا لانه اذا لم يصلح البعض لضافة الحكم اليه وصلاح لقطع النسبة من المزا حمة
ظهرت المزا حمة في قطع النسبة وان لم يظهر في حق استحقاق الحكم والله اعلم * (باب)

(باب الديات ٠٠٠ باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

الراكب ضامن لما او طأت الدابة وما اصابته بيدها او رجلها او رأسها او كبدته او خبطت ركدا اذا صدمت ولا يضمن ما تفحمت برجلها او ذنبها والا صل ان المروء في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قوله الراكب ضامن لما او طأت الدابة الصحيح وطئت لانك تقول او طأت فلانا الدابة فوطئت الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشيء بجسدك ومنه الكلب اذا قتل الصيد صدم ما لا يؤكل واصطدم العارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه يقال تفحمت الدابة الشيء اذا ضربته بمحمد حافرها كذا في الصحاح والمغرب وقوله الراكب ضامن لما او طأت الدابة الى قوله او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت يريد به اذا كان الراكب يسير في طريق المسلمين لانه اذا كان يسير في ملكه ان وطئت بيدها او برجلها يضمن وان كدمت او تفحمت بيدها او برجلها او ضربت بيدها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة تصل بالملتف فكانهما وطئا جميعا ولهذا يجب على الراكب الكفارة اذا وطئت الدابة برجلها او بيدها وبحرم عن الميراث والمباشرة ضامن سواء كان متعديا ولم يكن اما اذا لم يكن صاحب الدابة راكبا عليها بل كان سائقا او قائدا لها فصاحب الدابة مسبب لانه لم يتصل ثقله بالملتف والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا وهو ليس بمنعد بتسيير الدابة في ملكه واما اذا كانت جنابة الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين اما ان دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بان كانت منفلة وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها واما ان دخلت باذنه او ادخل صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها سواء كانت واقفة او سائرة وسواء كان صاحبها معها يسوقها او يقودها او كان راكبا او لم يكن معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعدا وليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون اذن المالك **قوله** وما اصابته بيدها (او)

لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالاباحة
مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح
والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط
السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس مما يمكن الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلا يتقيد به

او رجليها او رأسها تفسير لقوله او طأت الدابة *

قوله لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه جواب لسؤال ذكر في الذخيرة
وغیره مع هذا الجواب وهو فان قيل هو غير منع في هذا التسبب فان له ان يمر في طريق
المسلمين كما في ملكه ولو مر عليها في ملكه فاتفق شيئاً بهذه الوجوه لم يضمن بها فيجب ان
لا يضمن ههنا ايضاً فلنا الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور مباح له فيه ويشبه ملك الغير
من حيث انه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فوفرنا على الشبهين
حظهما فيما كان مسبباً للاتلاف فقلنا اذا كان شيئاً يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه
متعد يا وذلك كالقدم والوطي باليد والرجل في حق القائد والراكب لان ذلك يكون
بين عينه فجعل في هذه الاشياء طريق المسلمين ملحقاً بملك الغير وقلنا اذا كان شيئاً لا يمكن
حفظ الدابة والتحرز عنه لا يعتبر فيه متعد يا وذلك كالنفحة بالرجل والضرب بالذنب لان
كل ذلك يكون وراء الراكب وجعل في حق النفحة والضرب بالذنب في حق الراكب
والقائد طريق المسلمين ملحقاً بملكه واما السائق هل ينضم من اختلاف المشائخ فيه **قوله** لما فيه
من المنع عن التصرف يعني انا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكنه التحرز عنه تعذر عليه
استيفاء حقه لانه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة ان يهتلي بما لا يمكن التحرز عنه
فاما ما استطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك لا يمنع عليه استيفاء حقه وانما
يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء كذا في المبسوط *

(قوله)

فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكن التحرز من الايقاف وان لم يمكنه
 من النفحة فصلا متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابته بيدها او برجلها
 حصاة او نواة او ثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان
 حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعري عنه وفي الثاني
 ممكن لانه ينفيك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب والمرتد فيمادكرنا كالراكب لان
 المعنى لا يختلف **قال** ان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعتب به انسان لم يضمن لانه من
 ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها ذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا
 بلايقاف وان اوقفها الغير ذلك فعتب انسان برونها وبواضعها ضمن لانه متعدي في هذا الايقاف لانه
 ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالماراة من السير لما انه اذوم منه فلا يلحق به والسائق
 ضامن لما اصابته بيدها او برجلها والقائد ضامن لما اصابته بيدها دون رجاها والمراد النفحة قال
 رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري رح في مختصره واليه مال بعض المشايخ رح وجهه ان النفحة
 ما يات من

قوله وان اوقفها في المغرب ولايتال او قفد الا في لغة رديئة **قوله** والمرتد فيمادكرنا
 كالراكب اي في موجب الجنابة **قوله** لان المعنى لا يختلف وهو معنى المباشرة وتصرف
 الدابة في التسيير على ما اراد وفي المبسوط والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان
 سواء لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا **قوله** ثم هو اكثر ضررا بالماراة
 اي للايقاف اكثر ضررا بالماراة من السير لان الايقاف اذوم من التسيير وربما يكون مانعا لغيره
 من المرور فيكون فوق المرور فلا يلحق به بدلالة النص **قوله** والمراد النفحة اي من قوله لما اصاب
 بيدها او برجلها وانما قيد التفسير بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصاب بيدها او برجلها
 الوطي ولا خلاف لاحد انه يضمن فيه السائق والقائد وانما الاختلاف في النفحة ولو
 لم يفسره له ذلك كان للمأول ان يأول ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية
 كذلك **قوله** واليه مال بعض المشايخ اي مشايخ العراق * (قوله)

بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال
 أكثر المشائخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجليها ما يمنعها به
 فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكرم لا مكان كبحها بلجامها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح
 وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم
 الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكرة وهذا تخويف بالضرب
 وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهم مسببان بمباشرتهم بشرط
 التلف وهو تقرب الدابة الى مكان الجنابة فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عند الراكب
 الا ان على الراكب الكفارة فيما او طئت الدابة يدها او برجها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب
 فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة
 مضى اليه وهي آلفه وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير
 الايطاء وكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب جرمان الميراث
 والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قبل لا يضمن السائق
 ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشرة ولي

قوله بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه اي بابعاد الدابة عن المتلف او ابعاد المتلف
 عن الدابة وقال أكثر المشائخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وهو الصحيح **قوله** والحجة عليه
 ما ذكرناه وهو قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقوله عليه السلام الرجل جبار اي هدر
 معطوف على قوله ما ذكرناه **قوله** وانتقال الفعل بتخويف القتل هذا جواب عن قول الشافعي رح
 لان فعلها مضاف اليهم قلنا الاضافة والانتقال انما يكون في الاكراه الكامل وهو التخويف
 بالقتل او بالقطع لا في الاكراه القاصر وهو التخويف بالضرب وهذا الاكراه قاصر فلا ينتقل اليهم **قوله** لان
 الراكب مباشر فيه والدليل على انه مباشر من حيث حكم الشرع ان من سار على دابة في ملكه
 فارطأت انسانا يدها او رجليها فقتلته فعليه الدية والكفارة لان الراكب مباشر للقتل (فيما)

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان *

قال واذا اصطدم فارسان فما تفعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخرو قال زفر والشافعي رح
يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخرو روى ذلك عن علي رضي الله عنه
ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصد منه ^{بصد} آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة
او حفرا علي قارعة الطريق بشرافانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا
ولنا ان الموت مضاف الي فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق
فلا يصلح مسندا للاضافة في حق الضمان كما مشي اذا لم يعلم بالبشر ووقع فيها لا يهدر شيء
من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتائم اذا
انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية

فيما او طأت دابته والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب الضمان عايه كالرمي فان
من رمى في ملكه فاصاب انسانا كان عليه ضمانه كذا في المبسوط *

قوله وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان ذكر محمد رح في الاصل ان
الراكب اذا امر آخر بنخس الدابة فاوطأت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لان الناحس
سائق والآمر راكبه فقد تبين بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان
ولا يختص به الراكب **قوله** واذا اصطدم فارسان ذكر الفارس ليس بفيد بالحكم في اصطدام
الماشين وموتهما به كذلك ذكره في المبسوط **قوله** كما مشي اذا لم يعلم بالبشر ووقع فيها لا يهدر شيء
من دمه يعني اذامات بالوقوع في البئر مع ان البئر بنفسها في قارعة الطريق ليست
بسبب لموته بل البئر مع المشي اليها سبب للموت والمعنى فيه ايضا هو ان كل واحد منهما
مدفوع بصاحبه فكأنه اوقعه من الدابة بيده وهذا لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة لا تلافه
في الحكم فاما قوة المصدوم فلا يصلح ان يكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة (من)

فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان ^{مختصان} فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حريين في العمد والخطأ ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلق برقبته دفعا وفداء وقد قاتبت لابي خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد ف يأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخاف بدلا بهذا القدر ف يأخذ ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذ ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يستقط بموته الا قدر ما خلف من البدل وهو نصف القيمة *

من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافروان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر *

قوله فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا فان قيل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقت فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل او نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يصير علة وههنا النص موجود فاذا لم يصير علة يصح الترجيح به او نقول ما روي انه اوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا ايضا **قوله** هذا الذي ذكرنا اذا كانا حريين في العمد والخطأ اي يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ يجب الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب خلا انه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم **قوله** وكذا في العمد لان العمد ههنا بمنزلة الخطأ **قوله** ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول (قيمة)

قال ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشدا والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة

قال ومن قاذى قطاراً فهو ضامن لما وطأ فان وطئ بعثر انساناً ضمن به الدية على العاقلة لان العائد عليه حفظ القطار كلسائق وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل

قيمة العبد لان كل واحد منهما صار قاتلاً لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم قد تلف العبد الجاني واخلف بدلاً فيكون بدله لورثة المجني عليه وهو الحر لان التهمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلاً عن العبد فآخذ ورثة الحر بجهة كونه مقتولاً لا بجهة كون الحر قاتلاً ولا يرد على هذا ما اذا قطعت المرأة بـ رجل فتزوجها المظروع على اليد فان عاقلتها يسقط عنهم الضمان لان عاقلتها كانوا يتحملون عنها فاذا تزوجها المظروع ولو لم يسقط الضمان من العاقلة لكان الضمان عليهم واجبالها فلا يصح ان يتحملوا عنها ضامين لها فاما ههنا فان العاقلة انما يتحملون عن الحربا اعتبار كونه قاتلاً ثم يأخذ ورثة بجهة كون الحر مقتولاً *

قوله بخلاف الرداء يعني اذا كان لا بسارداء فسقط عنه وعطب به انسان او غيره لا ضمان عليه لان اللباس تبع اللابس ولو تعثر اللابس فسقط على الطريق ثم تعثره انسان ام يكن ضامناً له كذا اذا سقط رداءه او منديله لان الانسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان يمشي عرياناً ولا يستطيع الامتناع عنه يجعل عفواً **قوله** على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق **قوله** وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اي يمشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر ولا يأخذ بزمام بعير *

(قوله)

واما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لان قصاص الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه * **قال** فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة العطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابطة لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الصمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابطة اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه *

قوله واما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد قيد التوسط بأخذ الزمام لانه اذا لم يأخذ الزمام فهو سائق لكل او قائد لانه ان كان يكون احبانا وسطها واحبانا يتقدم واحبانا يتأخر ولو كان رجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن فيما يصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه اما في البعير الذي هو عليه لانه راكب وما فيما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط بعيره وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده واما اذا كان هونائما على بعيره او قاعدا لا يفعل شيئا يكون به قائد لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في المبسوط **قوله** والقائد لا يعلم به قيد به لبيتني عليه قوله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابطة لانه اذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابطة **قوله** وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء اي القائد والرابطة بطريق الشركة اذ كل منهما مسبب اي مع ان كلا منهما مسبب وهذا يوجب الاشتراك في الضمان **قوله** ضمنها القائد اي (بلا رجوع)

قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان العمل انتقل اليه بواسطة السوق **قال** ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فورته لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصا ر وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياذ فاضيف الى المرسل لان الاصطياذ مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه اوجب الضمان في هذا كله صيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت يمينا او يسرة انتطع حكم الارسال بلا رجوع قال الامام المحبوبي قال الامام الزاهد ابو بكر عبد الرحمن وشمس الائمة الحلواني رح وهذا اذا ربط الحمل والابل يسير فان ربط والابل واقفة ثم قاد القائد الابل لاشي على الربط لان ربط الحمل بالقطار جناية وانها واقفة في الطريق وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد فبرأ عن موجبها كمن وضع حجرا على قارة الطريق ثم جاء انسان وحول الحجر من ذلك الموضع الى موضع آخر لم يكن على الواضع الاول شيء ان تعقل به انسان لان وضعه الحجر جناية ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنابته بفعل الواضع الثاني فبرأ الاول كذا هم هنا *

قوله ومن ارسل بهيمة يريد بها كلبا وكان لها سائقا اراد بالسوق ان يمشي خلفه **قوله** وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لا يضمن يعني وان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل **قوله** وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب شيئا في فورها فالمرسل ضامن قال الصدر الشهيد رح وعليه الفتوى وفي النهاية وان كان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل بخلاف الدابة حتى قالوا اذا ارسل كلبا ودابة فاصاب في فورته شيئا يضمن في الدابة دون الكلب والطير *

(قوله)

الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم يمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا وما لا في فورة لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق بعد فضاء من ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبب الا بوصف التعدي *

قال ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعاً على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مروا نفلت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليل او نهار الا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار

قوله الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه اي سوى طريق اليمنة او اليسرة بان كان على الجادة ماء او حل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال ايضا كما لو لم ينعطف يمينه او يسرة **قوله** وكذا اذا وقفت ثم سارت اي الدابة **قوله** بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد اي الكلب المعلم وامثاله فان هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الارسال حتى حل ما قتله من الصيود ولو انقطع حكم الارسال لما حل كما لو قتله هو بنفسه من غير ارسال فلما كانت وقفة الكلب يحقق مقصود المرسل الذي هو اخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير فلم ينقطع حكم الارسال لذلك **قوله** وهذه بنا في مقصود المرسل اي هذه الوقفة التي هي وقفة الدابة والمراد بها الفرس او البعير وامثالهما بنا في مقصود المرسل الذي هو السير **قوله** وبخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة ثم في قوله وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد الى آخره ذكر الفرق بين الارسالين كما انه في قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين وفي الذخيرة والفرق بين ارسال الدابة وبين الكلب والبازي هو ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وامكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير اتباع معه ليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان منعديا **قوله** فافسدت زرعاً على فورة اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا او شمالا * (نوله)

وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيمها ما نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزورة ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدتها قال ومن سار على دابة في الطريق فضر بها رجل او نخسها فنفخت رجلا او ضربته بيدها او نمرت فصد منه فقتله

قوله وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة اي العجماء التي اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة احترز بالتفسير عن المرسله اذا افسدت في فور الارسال **قوله** شاة لقصاب فقئت عينها ففيمها ما نقصها هذا هو الحكم في كل شاة والقصاب ليس بقيد وكذلك الجزار ايضا ليس بقيد والحكم في كل بقرة وبغير كالحكم في بقرة الجزار وجزورة وهو ربع القيمة في العين الواحدة منهما والنقصان في الشاة وانما وضع المسئلة في بقرة الجزار وجزورة لئلا يتوهم انها معدان للحكم فيكون حكمها حكم الشاة **قوله** فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع من حيث اوجبنا المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف فوجب نصف التقدير الواجب عملا بهما وذكر الامام التمرقاشي وقيل لوفقا الاخرى اوفقا هما معا يجب القيمة ان سلم الجنة وفي جامع ابي بكر رح فقا عيني الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الغافى وضمنه القيمة وان شاء امسكها وضمن النقصان وهذا لان المعمول في هذا الباب النص والنص ورد في عين واحدة فيقتصر عليه *

(كتاب الديات ٠٠٠ باب جناية البهيمية والجناية عليها)

كما إذا امر صبياً يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والاطاء يتفصل عنه وكذا إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناحس انما يضمن اذا كان الاطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطع اثر النخس فبقي السوق مضافاً الى الراكب على الكمال ومن قاده دابة فنجسها رجل فانعلت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناحس وكذا اذا كان لها سائق فنجسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبداً فالضمان في رقبته الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعدد في الايقاف ايضاً وروى ابن سماعه عن ابي يوسف رح انه اذا اوطأت رجلاً فالدية على الراكب والناخس نصفين لانه انما تلف بنقل الراكب ووطئ الدابة ووطئ الدابة مضاف الى الناحس فيضمنان *

قوله كما إذا امر صبياً يستمسك قيد الصبي بانه يستمسك على الدابة لانه اذا لم يكن مستمسكاً على الدابة لا ضمان على احد وفي النخيرة في فصل القسامة وان كان الصبي ممن لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة وقد حمله الرجل والدابة واقفة ثم سارت فاوطأت انساناً وفسدت متاعاً فانه لا يجب ضمان ذلك على الصبي ولا على الذي حمل الصبي على الدابة اما لا ضمان على الصبي لان الصبي اذا كان ممن لا يسير الدابة فسير الدابة لا يكون مضافاً الى الصبي فيكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة واما لا يجب الضمان على الرجل لان الرجل لم يسير الدابة واذا لم يجز ان يضاف سير الدابة الى واحد منهما كانت سائرة باختيارها فكانت منغلته وما اصابته منغلته فهو **قوله** والناخس اذا كان عبداً فالضمان في رقبته اي يدفع بها او يفدي هذا اذا نجسه بغير اذن الراكب واما اذا نجسه باذن الراكب فلا تخلوا ما ان كانت من الدابة نفحة او وطي ذكر في المبسوط واما اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فتفحمت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبداً كان المأمور او حران وطئت في فورها ذلك انساناً فقتلته فعلى عاقلة الراكب (نصف)

وان كان صبيافي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق
فنفخت انسانا فقتلته فالصمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعدي بشغل الطريق فاضيف
اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم بالصواب *

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قبل مولاه امان تدفعه بها وتغديه وقال الشافعي رح جنايته
في رقبته يباع فيها الا ان يقصي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة
مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يحجب على المتلف لانه
هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه

نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يغديه بمنزلة السائق مع الراكب الا ان
المولى يرجع على الامر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله
اياه في نخس الدابة فاذ الحق صمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل له
وكذلك لو امره بسوق الدابة او بقودها ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا آخر فساق دابته فاوطأت
انسانا فقتلت فالدية في اعناقهما نصفين يدفعان او يغديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شيء
على الراكب لمولى العبد المأمور اذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب
هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق فاذ اعتق كان عليه
قيمة المأمور لمولاه فان كان تاجرا او مكاتبافه يدين في عنقه لانه مؤاخذ بضمان القول في الحال *

قوله وان كان صبيافي ماله قال العلامة السفى رحمه الله في الكافي يحتمل ان يراد به
اذا كانت الجناية على المال او فيمادون ارش الموضحة قلت ويحتمل ان يراد به ان الصبي
اذا كان من العجم لانه لا عاقلة للعجم والله اعلم بالصواب *

باب جناية المملوك والجناية عليه

قوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم (با)

فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته ^{ببيع} يباع فيه كما في الجنابة على المال ولما
ان الاصل في الجنابة على الآدمي حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استنباله
والاجتفاف به ان هو معدور فيه حيث لم يتعمد الجنابة وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له
عاقلة والمولى عاقلة لان العبد يستصره والاصل في العاقلة عندنا النصره حتى تجب
على اهل الديوان ^{ببيع} بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب
في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال

بالجنابة كان مختار الفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد والمسئلة مختلفة بين
الصحابة رضه فعن ابن عباس رضه مثل مذهبا وعن عمرو على رضه مثل مذهبه *

قوله فتجب في ذمته اي في ذمة العبد لان ضمان الجنابة في حق من لا عاقلة له بدنة ضمان
المال فيكون واجبا في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه الا
ان يقضى المولى دينه **قوله** كما في الدين وهو ظاهر على ما قلنا وفي بعض النسخ كما في الذمي
يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ يجب دينه في ذمته لا على عاقلة كما في اتلاف المال وقوله
بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وحجتنا في ذلك ان المستحق بالجنابة
على النفوس نفس الجاني اذا امكن الا ترى ان في جنابة العمد المستحق نفس الجاني
فصاحرا كان او عبدا وكذلك في الخطأ الا ان استحقاق النفس نوعان احدهما بطريق
الاتلاف عقوبة والآخر بطريق التملك على وجه الجبر والعبد من اهل ان يستحق نفسه
بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر في حالة العمد ويكون مفارقا له في حالة الخطأ
لان عذر الخطأ لا يمنع استحقاق نفسه تملكا والسبب يوجب الحكم في محله وفي حق الحر
لم يصادف محله وفي حق العبد السبب قد صادف محله ويكون مفيدا حكمه وهو ان نفسه
صارت مستحقة للمجني عليه تملكا لتحقيق معنى الصيانة عن الهدر والطريق الثاني ان الاصل
في الجنابة على الآدمي ان يباع عن الجاني الى آخر ما ذكر في الكتاب *

(قوله)

الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل
غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات
محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت
الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحرام استيفاء فصارك العبد في صدقة الفطر *

قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداء فداء بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان
التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وان كان مقدرا بالملتف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه وبأخذ حكمه فلهذا وجب
حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه
متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لاحق له الا في الارش فاذا
او فاه حقه سلم العبد له فان لم يجتر شئنا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه

قوله الا انه يخير بين دفع المولى في اصل المسئلة وهو ما اذا جنى العبد جناية خطأ وهذا استثناء
من قوله والمولى عاقلته يعني بالنظر الى ان المولى عاقلته ينبغي ان لا يثبت الخيار للمولى
بين الدفع والفداء كما لا يثبت هذا الخيار لسائر العواقل وفرق بين المولى وسائر العواقل بهذا وقال
انما يخير المولى ههنا لان التخيير للتخفيف والتخفيف مطلوب في الموضعين غير ان اثر التخفيف
ظهر في سائر العواقل بوجه آخر وهو التوزيع والقسمة عليهم على وجه لا يورث الاحجاف لان بهم
كثرة فكان تخفيفا واما ههنا فالمولى واحد فاثبات التخفيف فيه انما يثبت باثبات الخيار له
قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ذكر الامام التمرناشي رحمه الله والصحيح ان الاصل
هو الدية والارش لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وفي الاسرار وقد ذكر بعض مشائخنا
ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير
موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد **قوله** ولهذا يسقط الموجب بموت العبد اي
اذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجني عليه حقه من الدفع او الفداء وهذا يدل
على ان الموجب الاصلي هو الدفع **قوله** كما في مال الزكاة فان موجب مال الزكاة وهو ايتاء (جرء)

لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ ^{منه} لنحو ^{الذي} الحق
من رقبة العبد ^{ممنوع} الى كمة المولى *

قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر
عن الجناية بالفداء جعل ^{كان} لم تكن وهذا ابتداء جناية **قال** فان جنى جنايتين قيل للمولى
اما ان تدفعه الى ولي الجنائتين ^{بمقتسمانه} على قدر حقيهما واما ان تدفعه ^{بإرش} كل واحد
منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك
المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يسمع ومعنى قوله على
قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة تقسمون العبد المدفوع على قدر
حصصهم وان فداه فداة بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقاعين آخر ^{بمقتسمانه} اثلاثا
جزء من النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول لان الواجب جزء من النصاب فيسقط
بهلاكه وان كان لصاحبه حق نقل اداء الزكاة من مال الى آخر بخلاف جناية الحر حيث
لا يتعلق الواجب بذمته استيفاء لانه ليس بمال فلم يسقط بموت الجاني كالعبد في صدقة
الفطر لما لم يتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاء لا يسقط صدقة الفطر بموته *

قوله لفوات محل حقه على ما بيناه اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع الى آخره
قوله فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الاولى اي يقال للمولى ادفعه بالجناية
الثانية او افده كما هو الحكم في الجناية الاولى **قوله** معناه بعد الفداء انما فسر المسئلة بهذا لانه اذا
لم يفده عن الجناية الاولى ثم جنى اخرى كان المسئلة عين المسئلة الثانية وهو قوله وان جنى
جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى آخره **قوله** لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق
الثانية وهذا بخلاف الرهن فان تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به حتى
ان الراهن اوصات بعد الرهن وعايه ديون لحقته قبل الرهن او بعده لا يتعلق سائر الديون به
لان الرهن ايفاء حكما والارتهان استيفاء حكما فيعتبران بالايفاء والاستيفاء الحقيقيين
ففي الحقيقي لا يبقى تعلق فكذا في الحكمي **قوله** ومعنى قوله على قدر حقيهما (اي)

لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاة والمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لا تحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها *

قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار وبدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنع من الدفع فالأقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك اي قدر ارش جنايتيهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان تقسم على قدر المعوض كذا في الايضاح *

قوله لان ارش العين اي العين الواحدة **قوله** والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه هذا جواب اشكال وهو ان يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يتمكن المولى من ان يفدي من احدهما وان يدفع الى الآخر كما في الجنايات المختلفة **قوله** بان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل الى آخره والاصل في جنس هذه المسائل ان المولى متى احدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارا للفداء اذا احدث تصرفا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا وان كان عالما بالجناية **قوله** وحقه في اقلهما الدليل على ان حقه في اقلهما انه ليس له ولاية المطالبة بالاكثر **قوله** وعلى هذين الوجهين البيع والهبة اي كونه عالما وقت التصرف وغير عالم **قوله** بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا اقر الرجل الذي في يده (١)

لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخوانه لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره ^{بما} فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للمعتق ونقصه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير مختارا حتى يسلمه لان الزوال به ^{مولى} ^{بغير} ^{مولى} ^{بغير}

العبد الجاني بان هذا العبد الجاني لفلان لا يصير مختارا للفداء وفي المبسوط ولوان عبداني يد رجل جنى جناية فقال ولي الجنابة هو عبدك وقال الرجل هو ودعة عندي لفلان او عارية او اجارة او رهن فان اقام على ذلك بينة اخرت الامر فيه الى ان يقدم الغائب فان لم يقدم بينة خوطب بالدفع او الفداء وقال زفر ررح هو مختار للدية بمجرد قوله ان هذا العبد لفلان لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مفعولا للدفع مختارا للفداء كما لو اعتقه ولكننا نقول هو بكلامه هذا يزعم انه ليس بخصم في هذه الجنابة اصلا واختياره يبتني على كونه خصما فاذا ثبت بالبينه انه ليس بخصم فيه صار اثبات ذلك بالبينه كالاتبات بالمعاينة وان لم يقدم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع او الفداء ولا معنى لجعله مختارا للدية مع تمكنه من الدفع بالجنابة وان فداه ثم قدم الغائب اخذ عبده بغير شيء لان ذا اليد كان اقربا للملك له وقد اتصل تصديقه بذلك الاقرار وقد كان ذواليد متبرعا في هذا الفداء وانه ما كان مجبرا عليه فلا يرجع بشيء منه على المقر له وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء امضى ذلك وان شاء اخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار فثبت الملك له وتبين انه كان له الخيار *

قوله لجواز ان الامر كما قاله اي لجواز ان يكون العبد عبد المقر له فيخاطب المقر له بالانفع الى ولي الجنابة **قوله** والحقه الكرخي بالبيع وفي الايضاح وقد اطلق ابو الحسن انه يصير مختارا وهو رواية خارجة عن الاصول **قوله** واطلاق الجواب وهو قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره **قوله** واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري يعني اذا باع (مولى)

بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبها يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو باعه
 مولاة من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذة بغير
 عوض وهو مستحق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق
 المولى فيما ذكرناه لان فعل المأ مور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما
 بالجناية لانه حبس جزاء منه وكذا اذا كانت بكر اوطمها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف
 التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطى الثيب على ظاهر الرواية لانه
 لا ينقص من غير اعتاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط

مولى العبد الجاني العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارا منه للفداء وفي الايضاح
 اما على قولهما فلان الملك يثبت للمشتري وعلى قول ابي حنيفة رح ملك البائع يزول
 وان لم يثبت للمشتري وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع *

قوله بخلاف الكتابة الفاسدة اي يصير مختارا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة بخلاف
 البيع الفاسد فان هناك لا يكون مختارا للفداء قبل التسليم الى المشتري وفي الايضاح
 ان موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة
 نظير البيع الفاسد بعد القبض **قوله** ولو ضربه فنقصه اي بان اثر الضرب فيه حتى صار
 مهزولا او قلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية واما اذا كان ضربه وهو
 غير عالما بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضي ولي الدم
 ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كان ذلك النقصان حصل
 بأفة سماوية ولو ضرب المولى عينه فايضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل ان يخاصم فيه
 لا يكون مختارا للفداء بل يدفع او يفدي لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن ولو خوصم في حالة
 البياض فضمنه القاضي الدية ثم زال البياض فالتضاء نافذ لا يرد لان الخيار قد استحكم بانضمام
 القضاء اليه **قوله** وان لم يكن معلقا واما قيد به لا ثبات الفرق بين وطى البكر والثيب لان بوطى
 الثيب لا يكون مختارا للفداء ما لم يكن الوطى معلقا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف رح (١)

ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركب دين لان
الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين
لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته **قال** ومن قال لعبده ان قتل فلانا ورمينه او شججته
فانت حرقه ومختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رح لا يصير مختار للفداء لان وقت تكلمه لا جناية
ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً الا ترى انه لو علق الطلاق
او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط ونبت العتق والطلاق لا يحث
في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كما تنجز
فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا افر بك
يصير ابتداء الالباء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثاً فمرض حتى
طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً الا انه يصير مطلقاً بعد وجود المرض بخلاف ما ورد
لان غرضه طلاقاً وعتقاً بمكته الامتناع عنه اذا اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع
عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعل به هذا لالة الاختيار

ان مطلق الوطى يكون اختياراً لان الحل يختص بالملك فيكون دليلاً على امساك العين
وقول زفر رح مثل قول ابي يوسف رح هذا وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس جزء منه *
قوله ولا يصير مختاراً بالرهن والاجارة في الاظهر هذا احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل
انه يكون مختاراً للفداء بالرهن والاجارة لانه اثبت عليهما ايداً مستحقة فصار كالبيع ووجه
ظاهر الرواية ان الاجارة ينقض بالعذر فيكون حق ولي الجناية فيها عذراً في نقض الاجارة
والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع
بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً **قوله** لان الدين لحقه عن جهة المولى ووجوب
الدين في ذمة العبد نقصان للعبد لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه
بديونهم لكن ذلك بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان له ان يمتنع من قبوله
ناقصاً **قوله** ومن قال لعبده ان قتل فلانا ورمينه او شججته فانت حرقه ومختار للفداء (ان)

قال واذا قطع العبد يد رجل عمد اذ دفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقلوه او عفو عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرماتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصد تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدام على تصريف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا النص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضى المولى به لانهم لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا لغير العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل ان فعل ذلك اى العبد وقال زفر رح لا يصير مخته او عليه قيمة العبد وفي المبسوط فان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلا شيء على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق موقوف على الجناية بل ذلك لا يلزمه شيء *

قوله فكان الصلح واقعا بغير بدل فيبطل فان قيل هذا مشكل على قول ابي يوسف ومحمد رح فان عندهما الصلح عن الطرف يكون صلحا عن النفس قلنا الفرق لهما ان الصلح ثم وقع عن القصاص لان القصاص يجري بين الحرين في الاطراف فيكون الصلح حقيقة وهما الدفع ليس بصلح حقيقة فاذا سرى تبين ان الواجب ايسر بدفع فيكون الصلح واقعا بغير بدل فلا يمكن اعتباره ذلك صلحا **قوله** لان اقدامه على العتق يدل على قصد تصحيح الصلح لان العادل يتصد تصرفه تصحيحه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها فالعقد بينهما صلح عن الجناية وما يحدث منها مقتضى للاعتاق فاذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء لانه لم يوجد لانه **قوله** ولهذا النص عليه اى على

وذكر في بعض النسخ رجل قطع يدرجل عمدا فصاح القاطع المقتطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه
المقتطوعة يده ثم مات من ذلك فان العمد صلح بالجناية الى آخره اذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد
اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال
يجب قيل ما ذكره هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل
بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح
العفو ظاهرا بعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما
ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث يصلح منها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع
العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالنخريج ما ذكرناه من قبل *

قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة
لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد
الدفع الى الاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجنماع ويمكن الجمع بين الحقين ^(١) ايفاء من الرقبة الواحدة

في
الرواية

على ان يكون العبد صالحا من الجناية وما يحدث منها ورضي المولى به صح *

قوله وذكر في بعض النسخ اي بعض نسخ الجامع الصغير **قوله** الى آخره ما ذكرنا من الرواية يعني
وان لم يعتقه رده الى مولاه ثم يقال لاولياء الجناية اما ان تقتلوا واما ان تعفوا **قوله** وهذا الوضع
يورد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد اي الوضع الثاني وانما خص هذا النوع بوروده اشكالا لان
دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبغي عن الخطيئة فيكون
هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح لانه ليس فيه حظ شيء
بل العبد موجب جنائته بتمامه واذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو
ولا يورد اشكالا على مسألة العفو **قوله** وهنا قال يجب فانه قال وقيل للاولياء اقتلوه **قوله** اما
اذا اعتقه والنخريج ما ذكرناه وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح
الصلح **قوله** فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية قيد به لبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم
بجنائته كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين (قوله)

بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابله الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجح فيظهر ان فيضمنهما *

قال واذا استدان الامم المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلافيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية *

قوله بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء وفائدة الدفع ان يثبت له حق الاستخلاص بالغداء فان للناس اغراضا في الاعيان وانما لم يبطل الدين بحديث الجناية لان موجب الجناية صبر ورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى **قوله** لا يظهر في مقابله الحق اي حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم احق بملك القيمة لان القيمة مالية العبد والغريم مقدم على المولى فيها لان الواجب ان يدفع اليه ثم يباع له فكان مقدما معني والقيمة هي المعنى فيسلم اليه وفي الفصل الاول التعارض بين الحقين والحقان مستويان فيظهر ان فيضمنهما **قوله** واذا استدان الامم المأذون لها ثم ولدت هذا اذا ولدت بعد الاستدانة اما اذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها واما الاموال التي حصلت لها بطريق الهبة او الصدقة او بالتجارة فهي احق بها من مولاه في اداء دينها بها ويستوي في ذلك ان كانت اكتسبت قبل لحق الدين او بعده لان يدها (في)

قال وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** وإذا أعتق العبد فيقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسندة إلى حالة معهودة منافية للضمان إذا الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء

في الكسب يد معتبرة حتى لو نازعها فيه إنسان كانت خصمها له فباعته بقاء يدها يبقى حاجتها فيه مقدما بخلاف ما إذا كان أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين لأن ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها فكما أن نفسها لا يكون من كسبها فكذلك ولدها إلا أن نفسها يباع في الدين لا التزام المولى بذلك بالأذن لها في التجارة وذلك لا يوجد في حق الولد ولتعلق به حق الغرماء إنما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا إذا كان الدين لحقها قبل أن تلد ثم ولدت لأن حق الغرماء تعلق بها في حال ما إذا كان الولد جزء متصلا بها فيسري إلى الولد بحكم الاتصال فينفصل على تلك الصفة وهذا بخلاف الدفع بالجناية فإن الجارية إذا ولدت لاحق لا ولياء الجناية في ولدها لأن حقهم هناك في بدل المتلف وهو ارش الجناية أو في نفسها جزاء على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متأكد بدليل تمكن المولى من التصرف فيه كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لا يسري إلى الولد وهنا حق الغرماء متأكد في ذمتها متعلق بما ليتها بصفة التأكيد بدليل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل إلى الغرماء حقهم فيسري هذا الحق المتأكد إلى الولد بخلاف القصاص فإنه لا يسري إلى الولد لأن المستحق للقصاص الروح لا الرقبة والولد يتولد من الرقبة لا من الروح *

قوله وأبرأ العبد أي من كل الدية لا من قسطه في الدية والمولى لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية اعتاقا حتى يصير المولى به مختارا للفداء مستهلكا حق المنجي عليه بالاعتاق (قوله)

وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي
او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا *

قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطع يديك وانت امتي وقالت قطعني وانا حرة
فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد بن حريص لا يضمن الاشياء قائما بعينه يؤمر برده
عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في
المسئلة الاولى وكما في الوطى والغلة وفي الشيء القائم اقر يدها حيث اعترف
بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر
بالرجوع اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله

قوله وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وانا صبي او اقر رجل بانه كان اقر وهو صبي
لفلان بالف درهم وقال المقر له بل اقررت بهذا بعد البلوغ فالقول قول المقر مع يمينه لانه
اضاف الاقرار الى حالة معهودة ينافي الوجوب فان قول الصبي هدر في الاقرار والصباء
حالة معهودة في كل احد فكان هو في المنكر للمال لا مقراله فان قيل هو قد ادعى
تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله قلنا المصير
الى هذا الترجيح بعد ثبوت اصل السبب ملزما وان كان الاقرار في حالة الصبا غير ملزم اصلا
لم يكن هو مدعي التاريخ بالاضافة اليه بل يكون منكر الاصل المال عليه كمن يقول لعبد
اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق **قوله** لما ذكرنا اراد به قوله لانه منكر للضمان
قوله الا الجماع والغلة استحسانا بان قال جامعك وانت امتي او اخذت منك غلة
وانت امتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المولى **قوله** وقال
محمد بن حريص الله لا يضمن الاشياء بعينه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقربا خذ شيء منها بعينه
والمأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه اجمعا فيه على انه يرد ذلك عليها * (قوله)

كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقأت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى منقوعة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حاله المملوك للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربى اذا اخذه وهو مستأجر بخلاف الوطى والغلة لان وطى المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حاله معهودة منافية للضمان *

قال واذا امر العبد المحجور عليه صبياحرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو الغائل حقيقة وعمدة وخطأه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الأمر وكذا اذا كان الأمر صبيلا لانهما لا يؤخذان باقوالهما لان المؤاخذه فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر ابد او يرجعون على العبد الأمر بعد الاضيق لان هدم الاعتبار بحق المولى وقد زال لان نقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية

قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقأت اى كان الواجب القصاص ثم سقط بذهاب العين يريد به براءة عن ضمان العين قصاصا او ارشا والمقر له بقوله لا بل فقأتها وعينك اليمنى منقوعة يدعى وجوب نصف الدية عليه وليس المراد من الفقي القلع لانه لا قصاص فى القلع ولكن المراد منه ان هاب الضوء مع بقاء العين وفيه القصاص *

قوله لان وطى المولى امته المديونة لا يوجب العقر لان حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها لانها ليست بمال وكذلك اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبدة غلة وهو مديون بصح ولو اخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا لا مقرا كذا ذكره الامام الكسائي

قوله واذا امر العبد المحجور عليه صبياحرا قيد بالعبد لانه لو كان الأمر حرا بالغا يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الأمر وقيد بالمحجور عليه لانه لو كان مكاتبا بالغا يرجع عاقلة الصبي عليه باقل من قيمته ومن الدية بخلاف ما اذا كان الأمر عبدا ما ذونا حيث لا يرجعون عليه الا بعد العتق وقوله صبياحرا قيد بالحرا لانه لو كان عبدا لا يجب الدية بل يدفع او يفدي (قوله)

قال وكذلك ان امر عبد امعناه ان يكون الامر عبد او المأمور عبداً محجوراً عليهما يخطب مولى القاتل بالدفع او العداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق بالاقل من فداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير الان عمده خطأ ما اذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد

قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعلى احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او ينفذه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطأ فعفا احد وليي العمدة فان فداء المولى فداء بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمدة وعشرة آلاف لولي الخطأ لانه لما انقلب العمدة مالا كان حق وليي الخطأ في كل ادية عشرة آلاف وحق احد وليي العمدة في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في القداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه فداء ايهم اثلاثا ثلثة لولي الخطأ وثلثة لغير العافي من وليي العمدة عند ابي حنيفة ربح وقال لا يدفع اربعا لثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعة لولي العمدة فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلامنازعة واستوت منازعة الغريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم اربعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة

قوله وكذلك ان امر عبد امعناه ان يكون الامر عبد او المأمور عبداً محجوراً عليهما الى ان قال ولا رجوع له على الاول في الحال وهذا بالحكم لا يقتضي ان يكون الامر والمأمور كلاهما محجوراً عليهما لا محالة بل يكفي بان يكون الامر محجوراً عليه لانه اذا امر العبد المحجور العبد المأذون وبقي المسئلة بحالها بالحكم كذلك اما لو كان الامر عبداً مآذوناً والمأمور عبداً محجوراً او مآذوناً يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع والعداء على رقبة العبد الامر في الحال بقيمة عبده لان الامر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب يؤخذ به في حال رقه بخلاف المحجور على ما ذكرنا فان قيل كيف يكون غاصبا للعبد بالامر وهو قول (و)

أصله الشركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر
 ازداد ذكرها في الزيادات **قال** وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولاهما أي قريبا لهما
 والغصب لا يكون إلا بالنقل والتحويل قلنا إن لم يوجد منه النقل فقد وجد منه الأمر بالنقل
 فاقسم مقام النقل كما من أمر عبدا ليحمل له حملا وهلك منه ضمن الأمر وإن لم يوجد منه
 النقل لكن لما وجد منه الأمر بالنقل اقيم مقامه كذلك ههنا كذا ذكره الإمام المحبوبي *
قوله أصله الشركة المستغرقة أي إذا اجتمعت الديون المتفاوتة في الشركة وعماقت من الوفاء يقسم
 الشركة بين أرباب الديون اثلاثا بطريق العول أجماعا حتى يموت رجل وترك الفاء لرجل
 عليه الف ولا خير عليه الفان فالإلف المشتركة تقسم بينهما بطريق العول وفي صمد ما ذون بين رجلين
 أن أحدهما الفاء وأجنبي الفابيع بالف أو مات وترك الفاء عبدة عولية وهذا نزاعية وهما مسائل
 في بعض القسمة عولية أجماعا وفي بعض النزاعية وفي بعض عولية عند أبي حنيفة ربح ونزاعية
 عندهما وفي بعض الأمر بالعكس والأصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد
 فالقسمة عولية وإن ثبتا على وجه التمييزا وفي وقتين مختلفين فالقسمة نزاعية وهذا إن القياس
 يأبى القسمة بطريق العول لأن تفسيره أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف
 المال والآخر بأكمله والمال الواحد لا يكون له كل ونصف وإنما ترك القياس في الميراث
 بأجماع الصحابة رض فيلتحق به ما كان في معناه وفي الشركة إذا اجتمعت فيها حقوق
 متفاوتة ثبت في وقت واحد وهو حالة الموت فكانت في معنى الميراث وكذا في الوصايا
 والأصل عنده أن قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة أو لحق يثبت في العين
 على وجه الشيوع لكل واحد في البعض فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة في العين
 لحق ثبت على وجه التمييزا وكما في حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل
 فالقسمة نزاعية وهذا إن الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة فيضرب كل واحد بكل
 حقه في العين وكذا إذا كان حق كل واحد في العين ولكن في الجزء الشائع فقد استوت الحقوق في القوة
 لأنه ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا والآخران يراحمه والأصل في قسمة العول الارث كما (قال)

فعفا احد هما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه
بربع الدية وفي بعض النسخ قتل وليا لهما المهراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد رح
مع ابي حنيفة رح وذكر في الزيادات عبد قتل بولاه ولم اثنان فعفا احد الابنين بطل ذلك
كله عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب
ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رح في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد
على سبيل الشروع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا عنه هما انتقلب
نصيب الآخر وهو النصف مالا غير اندشائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيبه
صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في
نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افتده بربع
الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقتضي منه دين
وتنفذه وصاية ثم الورثة يملكونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على
عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه هكذا في بعض النسخ وشرح عاينها صاحب غاية البيان *

قال وثم حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع اما اذا ثبت الحقان على وجه التمييز فلم يكن في
معنى الميراث في مسائل العفو القسمة انما وجبت لحق ثابت في الذمة لان حق كل واحد منهما في
موجب الجناية وموجب الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة عولية وعلى هذا تخرج المسائل *

قوله فعفا احد هما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه
بربع الدية لابي حنيفة رح ان القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين فاذا انتقلب
مالا احتل الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط من كل وجه بان
يعتبر متعلقا بنصيب نفسه واحتمل النصف بان يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك ولهما ان
نصيب من لم يعف لما انتقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما اصاب
ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط **قوله** وذكر في بعض النسخ قول محمد
رح مع قول ابي حنيفة رح اي في نسخ جامع الصغير والاشهر انه مع ابي يوسف رح (قوله)

فصل

من قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف والشافعي رحم تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبد اقيمته عشرون الفاهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية

فصل

قوله وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة هذا اظهر الرايةين وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحم انه يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة **قوله** وقال ابو يوسف والشافعي رحم يجب قيمته بالغة ما بلغت وهذا القول من ابي يوسف رحم قوله الآخر وكان يقول اولا مثل قولهما وهذا الاختلاف بقاء على ان الواجب بقول العبد خطأ ضمان المال ام ضمان النفس فابو يوسف والشافعي رحم رجحا جانب المالية لان ضمان المال بالمال اصل و ضمان ما ليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهمامكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف القياس **قوله** ولهذا يجب للمولى يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدية مبقى على اصل الحرية ولهذا لا ينفذ اقرار المولى بالقصاص على عبده فان قيل وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية الا ترى ان القصاص يجب للمولى لو قتل عبدا وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق قلنا استيفاء القصاص بنى على الولاية قال عليه السلام السلطان ولي من لولي له والمولى ولي العبد فيجب القصاص له فاما استحقاق المال لا يبتني على الولاية بل على الارث اذا وجد سببه ولا يجري الارث بين المولى وعبده فعلم انه انه يستحقه ليجبران فوات ماله كما في سائر الاموال وكما في الغصب (قوله)

ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه بقاء المالة اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولا يبي حنيفة ومحمد ربح قوله تعالى **وَدِيَّةٌ مِّمَّا سَلَمتُ إِلَىٰ أَهْلِهِ** اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالة والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمن الغصب بمقابلة المالة اذ الغصب لا يرد الاعلى المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن التصاص بدلا من المالة فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقد رناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهار الانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما *

قوله ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد اي لو لم يكن الضمان بدل المالة لما بقي العقد باعتبار ان البيع يتناول المالة **قوله** عند تعذر الجمع بينهما ودليل التعذر انه لا يضمن الدية مع كمال القيمة في الخطأ ولا يستوفي القصاص مع كمال القيمة في العمد **قوله** وضمن الغصب بمقابلة المالة اذ الغصب لا يرد الاعلى المال وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الاموال لان ضمان الاموال يشبه ضمان التجارة الا ترى ان العبد المأذون لو اقر بقتل دابة انسان جازا قراه وبقتل عبده لم يجز اقراره وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتال الدابة على ان ضمان قبل العبد ضمان الجناية فيكون سبيله سبيل الجنایات دون سبيل ضمان الاموال **قوله** وبقاء العقد يتبع الفائدة هذا جواب عما قال ان العقد باق بعد ما قتل المبيع في يد البائع وبقاؤه بقاء المالة اصلا او بدلا فاجاب ان بقاء العقد في ملك الصورة لا شتمال البقاء على الفائدة لا يكون القيمة بدلا عن المالة بدليل ان القتل لو كان عمدا يبقى العقد ايضا لا شتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع واستيفاء القصاص فكما ان القصاص ليس ببديل المالة اجماعا فكذا امر الدية **قوله** وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وفي عامة الكتب باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وتنقص منه عشرة دراهم و (هذا)

قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكمه وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدور من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر ان هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون العاقبات في يده فليبه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المأبىة *

قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كانت له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة رابي يوسف رح وقال محمد رح لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الورثة فتحقق الاشتباه وتعدر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان المالكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لا خرا اذا قتل لان مال كل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافة وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف وهذا كالمروى عن رسول الله عليه السلام لان المقادير لا يعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي *

قوله وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية وفي المبسوط يجب نصف قيمته بالغمة بالغة في الصحيح من الجواب لاني رواية عن محمد رح انه يجب في قطع يده خمسة آلاف الا خمسة وهذا لان العبد في حكم الجنانية على اطرافه بمنزلة المأل ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا بتحملها العاقلة الا ان محمد رح قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد والعبد يساوي ثلثين الفاص من خمسة عشر العاقلة وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفي ولا كلام في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتبار **قوله** لان المالكين في الحالين (١)

لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحاط فيه كما اذا قال لا خربعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجها منك لا يحل له وطئها ولان الاعناق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المتضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المتضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة

الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة وقت الموت دون الجرح وعند الاجتماع لا يثبت المالك على الدوام في الحالين اكل واحد منهما *

قوله لانه الملك اي سبب الولاية الملك على اعتبار احدى الحالتين اي حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار الحالة الاخرى وهي حالة الموت بعد العتق **قوله** فيما يحاط فيه اي فيما لا يثبت بالشبهات احترز بهذا ممن قال لا خربعتني علي الف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال ويجرى البذل والاباحة فيها ولا يبالى باختلاف السبب **قوله** ولان الاعناق قاطع للسراية حتى ان من جرح عبدا انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان بالاتفاق وفي العمد يمتنع القصاص عند محمد رح لان الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع لا يوجب القصاص في النفس **قوله** ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية اي ثبوت ولاية استيفاء القصاص في العمد للمولى **قوله** لان المتضي له مجهول لان الواعترنا حالة الجرح فالمتضي له المولى ولو اعتبرنا حالة الموت فالمتضي له لورثته **قوله** ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك في العمد واختلاف السبب هو ان الواعترنا حالة الجرح كان السبب هو الملك ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء ولا اعتبار له لان المقصود وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص متحد **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي مسئلة الجارية (قوله)

لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لإشتماله من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مال كماله لفعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فيقتضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الإشتماله اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي ينولاه اذا وارث له سواء فلا إشتماله في من له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد ر ح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد ر ح في الفصل الثاني **قال** ومن قال لعبدية احد كما حرثتم شجافا وقع العتق على احد هما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر انه اظهارا محضا واحدهما حريتين فتجب قيمة عبد ودية حر

قوله لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما وذلك لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبت ولو اثبت لا يثبت مقصودا فاختلاف الحكم كما اختلف السبب فلذلك لم يثبت الحل وقال شيخ الاسلام ر ح اذا قال لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من نمن مبيع فانه يقتضى بالمال لانا نلغى القرض والبيع لا نكار كل منهما ما ادعاه صاحبه على الآخر بقي الاقرار بطلاق المال وذلك كاف لاستحقاق المال ويكون بذلا من المقر والبذل يجري في المال كما في القصاص بالنكول بخلاف مسألة الجارية فان حل الوطى مما لا يثبت بالرأي **قوله** وعندهما الجواب في الفصل الاول وهو ما اذا كان له وارث غير المولى كالجواب عند محمد ر ح في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن له وارث **قوله** فوقع العتق على احد هما اي بين وانما ذكر لفظ الايقاع لان العتق غير نازل في المعين **قوله** ولو قتلهما رجل يجب (دية)

مخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانهما لا ينفقون بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدّر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكاً في حقها *

قال من فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجنة لانه يجعل الضمان مقابلاً للفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او نقأ احدى عينيه ونحو ذلك نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف

دية حر وقيمة عبد هذا اذا كان القاتل واحداً وقتلتهما معا واستوت قيمتهما ما اذا كان القاتل اثنين فيجزي بعده واما اذا قتلتهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الآخر لورثته لان بقتل احدهما تعين الآخر للعتق فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلتهما معا كان عليه قيمته ودية حر ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما دية حر لانهما يتيقن انه قتل عبداً وحر او قتل الحر يوجب الدية وليس احدهما بارئ من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما ولان البيان فات حين قتلا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما *

قوله بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين هذا اذا قتلتهما معا ولا يدري ايهما قتل ولا اما اذا قتلتهما رجلان فان كان قتلتهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى القاتل الثاني دية لورثته لان العتق تعين واما لو قتلاه معا فعلى كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق الممين كانه غير نازل فكان كل واحد منهما مملوكاً عينا وانما نزل العتق في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر وانما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة **قوله** ولان القياس معطوف على قوله والعرق ان البيان انشاء * (قوله)

ل سقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتقويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يمتلك الجثة دفع الضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقاً احدى العينين لم يوجد تقويت جنس المنفعة وأيهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيرة خرقاً واحداً ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهددة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبداً آخر يؤول المولى بالدفع او التذاع وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجنابة على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاول ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم وينتسك الجثة فوفرنا على الشبهين حفظهما من الحكم *

قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه اي لان اء بار المالية في حق الذات قصرا عليه ساقط اي لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا **قوله** ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا اي ان شاء امسك العبد واخذ ما نقضه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته **قوله** ثم من احكام الاول اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا ينوزع كمال بدل النفس على النفس والطرف الفات **قوله** ولا يملك الجثة اي فاقى العينين حين دفع كمال القيمة كما اذا فقا عين الحر **قوله** ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم ويملك الجثة كما اذا خرق ثوب غيرة خرقاً واحداً وضمنه المالك قيمة الثوب فوفرنا على السد من حفظهما من الحكم فقلنا بحكم انه وجب بجنابة على الآدمي لا يجب موزعاً وبحكم انه بدل مال ام يكن له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان (ان)

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واد اجبى المدبر وام الولد جناية صمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاة ولانه صار مانعا من تسليمه في الجناية بالتدبير والاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لاحق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تحيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لا خياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنایات المدبر وان توالى لا توجب الاقيمة واحدة لانه لا يمنع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيدة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المصع في هذا الوقت يتحقق *

قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع *

ان تزيل الجثة من ملكك ليكون قولا بالشبهين وفيما قالوا الغاء لجانب الآدمية اصلا واعتبار بجانب المالية لان من حكم المال ان المالك بالخيار ان شاء سلم النفس واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها ورجع بالنقصان كما في تخريق النوب وفيما قاله الشافعي رح الغاء لجانب المالية اصلا واعتبار لجانب الآدمية لا غير والقول الاوسط الا عدل ما قاله ابو حنيفة رح لان فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين اولى والله اعلم *

فصل في جناية المدبر وام الولد

قوله لما روي عن ابي عبيدة وهو ابو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاة وكان اميرا بالشام وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فكان اجماعا كذا في الايضاح **قوله** وتعتبر قيمته لكل واحد منهما في حال الجناية عليه حتى لو قتل انسانا خطأ (و)

قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الاشعري على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الي مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا يبي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاول ضام من قبض حقه ظاهرا فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكماء من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاول ومن آخر حكماء من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقه فجعلت كالمقارنة في حق النضمين لا بطلاله ما تعلق به من حق ولي الثانية

وقيمته الف درهم فزادت قيمته حتى صارت الفين وقتل آخر بعد ذلك خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولا الفادرهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا ملك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذين الالفين لولي القتل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهي الف درهم ولاحق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتل الاوسط خاصة وخمسمائة من الالف الاول بين ولي القتل الاول وبين الاوسط لانه لاحق في هذه الخمسمائة لولي القتل لانه لث وانداحت في قيمة يوم جنى على وليه ويقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاوسط يضرب فيها الاول عشرة آلاف والاوسط بنسبة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة البقية بينهم ج يعا يضرب فيها الاخر عشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه وتضرب فيها الاول عشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار ما خذ وكذلك للاوسط لا يضرب به اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فينقسم الخمسمائة بينهم على ذلك *

قوله ان شاء اتبع المولى اي بما يخصه من القيمة ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه **قوله** لا بطلاله ما تعلق به دليل وجوب الصمان على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا حق ولي الجناية الثانية بالدفع الى الاول (قوله)

عملاً بالشبهين وإذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايت لم تلزمه الاقيمة واحدة لان الضمان
انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعده بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع
ما وصفتنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير وإذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره لا يلزمه
به شيء متى لم يعتق لان موجب جنائته الخطأ على مبدءه واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده تم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته
اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب
لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع السراية لانه سبب الملك

قوله عملاً بالشبهين وهذا لان الجناية الثانية مقارنة للاولى من وجه ومناخرة من وجه على ما
ذكر في المتن فجعلت الجناية الثانية كالمقارنة في حق التضمنين حتى كان له تضمين ايهما شاء
لابطال ما تعلق به حقه بالدفع من المولى وبالقبض من ولي الجناية وكالمناخرة في اعتبار قيمة
العبد حتى يعتبر قيمة العبد في حق ولي الجناية الثانية وقت وجودها حقيقة *

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قوله والفرق ان الغصب قاطع للسراية الى آخره وذكر الامام قاضي خان في الجامع الصغير
هذه المسئلة ثم قال علل بعضهم بان الغصب من اسباب الملك لما عرف من مذهبان
المضمونات يملك عند اداء الضمان فاذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية
كما لو تخلل بينهما بيع واذا انقطعت السراية صار كانه غصب عبداً اقطع ومات عنده لا من
القطع وما اذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مسترد للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع الا ترى
ان المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضاً وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية (فبراً)

(كتاب الديات ٠٠٠ باب غضب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك)

كالبيع فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرء الغاصب عن الضمان *

قال واذا غضب العبد للمحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن

فبرأ الغاصب عن الضمان ثم قال الا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب اما قبله فلا نص عليه في آخره من الجامع والباب الثاني من جنائنه الا انه اذا ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم ينقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما ولم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر الضمان بخلاف مال وجنى عليه بعد الغصب *

قوله كالبيع والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا في العتق ان بداية الجناية مخالفة لنهايتها فاعتبار بداية الجناية يوجب ان يكون الارش للبائع واعتبار نهايتها يوجب ان يكون للمشتري فيصير المستحق مجهولا فلهذا قلنا بان البيع قاطع للسراية والغصب سبب الملك كالبيع ويتأني فيه ما ذكرنا من الجهالة فان العبد لما مات في يد الغاصب ووجب عليه الضمان صار العبد كاله من وقت الغصب فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه وانتهائها في ملك الغاصب **قوله** ولم يوجد القاطع اي قاطع السراية **قوله** كيف وانه استولى اي كيف لا يكون مستردا او الحال انه استولى الا ترى ان المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا *

(قوله)

لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله **قال** ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختاراً للفداء فيصير مبطلاً حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الارقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين لا ستواؤهما في الموجب **قال** ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصاركما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب **قال** ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتناع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً ياخذ به ليم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب **قال** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول

قوله لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله اي في حال رقه بخلاف اقواله التي يوجب المال فانه يؤاخذ بها بعد الحرية اما اذا اقر بحد او قصاص لزمه في الحال **قوله** من غير ان يصير مختاراً للفداء لان الجناية لم تكن موجودة وقت التدبير فصاركما اذا جنى العبد ثم اعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فانه تجب عليه القيمة ولا يصير مختاراً للفداء فكذلك ههنا **قوله** فاذا وجد شيئاً اي ولي الجناية الاولى اذا وجد شيئاً فارغاً من مزاحمة ولي الجناية الثانية من بدل العبد ياخذ به واما ما قاله محمد رح من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا نعم كذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذه المولى من الغاصب بدل المدفوع الى (ولي)

خير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي
الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد *
قال ومن فصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه
الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على
الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد رحم يرجع بنصف القيمة فيسلم له
وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته
فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا
الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة *

الجناية الاولى واما في حق المجني عليه هو عوض مالم يسلم لولي الجناية الاولى فلا اعتبار
لمن يستقر عنده وهو المجني عليه ومثله جائز كالذمي اذا باع خمر او قضى به دين المسلم
يجوز للمسلم اخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وعوض عن الدين في حق
المسلم فلذلك حل له اخذها فعلم بهذا ان الشيء الواحد يجوز ان يكون بدلا عن عين
في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره *

قوله خير ان استحقاق النصف ذكر هذا لبيان الفرق فانه يدفع هذا النصف الذي اخذه
من الغاصب الى ولي الجناية الاولى بالاتفاق وكان لا يدفعه اليه عند محمد رحم في المسئلة
الاولى لادائه الى الجمع بين البدل والمبدل واما هنا لودفع الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي
الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى
من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية لان الموجد عند الغاصب الجناية الثانية دون
الاولى فلودفع ذلك الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل فيدفع
لان حق ولي الجناية الاولى كان في كل قيمة المدبر لان المدبر كان فارغا وقت الجناية الاولى
عن مزاحمة الثانية **قوله** ثم وضع المسئلة في العبد اي محمد رحم في الجامع الصغير (قوله)

قال ومن فصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم فصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصنان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنائيتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيدة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المزاوجة من بعد *

قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ر ح ان في الاول الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلودفع اليه ثانيا يكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه

قال ومن فصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهضة حية فعلي عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي ر ح لان الغصب في العر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتب صغيرا لا يضمن مع انه حريد افاذا كان الصغير حرا رقبة ويد الاول وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالانلاف وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو تعد فيه

قوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف اي الدفع الى ولي الجناية الاولى وقيل على الاتفاق وقوله اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية يعني به ما يدفعه الى ولي الجناية الاولى من النصف الذي رجع به على الغاصب يمكن ان يجعل عوضا عما سلم لولي الجناية الثانية وما بقي في يده من ذلك عوضا عما سلم لولي الجناية الاولى فلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد **قوله** ومن فصب صبيا حرا يرده صبيلا لا يعبر عن نفسه لانه اذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما وهنا قد صار في يده فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في الاسرار * (قوله)

وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا
كالخفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمي لان ذاك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن
فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلًا تسببًا **قال** واذا اودع صبي صيد افقتله

قوله وقد ازال حفظ الولي إشارة الى الجواب عن المكاتب الصغير فان الكتابة اذا صحت
ثبتت للمكاتب يد فيكون في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا بخلاف الصغير الحر
فانه في يد الولي الا ترى ان المكاتب الصغير لا يزوجه احد والصغير الحر يزوجه
وليه فعرقتا ان المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير وفيه لا يضمن فكذا هنا واما حكم
الحر الكبير فانه اذا غصبه انسان ونقله الى مكان فاصابه شيء من هذه العوارض
ينظر ان قيدة الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرز عنه يضمن لان المفصوب حجر من
حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن
لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى
الغاصب فلا يضمن كما لما شي اذا علم بالبشر ومشى كذلك حتى وقع في البئر
لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن اسباب التلف
كما لما شي على البئر اذا لم يعلم بالبئر كذا ذكره الامام المحبوبي **قوله** اذا اودع
صبي عبدا الى آخره وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا
هلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان
الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكن قبل الوديعة بامر وليه
يضمن بالاجماع وان قبل الوديعة بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة
ومحمد ربح في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف ربح يضمن في الحال واجمعوا على
انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون وديعة عنده يضمن في الحال * (قوله)

فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف والشافعي رحم يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحم ويؤخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رحم يؤخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراص والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رحم في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا ماله فوجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولا ابي حنيفة ومحمد رحم انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة ثبتت حقا له وقد فرتها على نفسه حيث وضع المال في يد مائة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا

قوله فعلى عاقلته الدية اراد به القيمة وانما انزل عتق الدية لانها بازاء الآدمية والقيمة بازاء المالية والواجب في العبد بازاء الآدمية عند ابي حنيفة ومحمد رحم **قوله** وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق هكذا ذكر فخر الاسلام البزدوي في الجامع الصغير اما صدر الاسلام وقاصيخان والتمرتاشي رحم فقد قالوا في شرح الجامع الصغير هذا الحكم فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا **قوله** حيث وضع المال في يد مائة اي مائة من الايداع والاعارة في انه لا ولاية له عليه فان الاصل ان كل يد مائة على معنى انها يمنع يد غيرها عليه الا اذا اقام يده مقام يده وههنا لم يقم يده مقام يده لعدم الولاية عليه فكان التضييع من جهته **قوله** بخلاف البالغ والمأذون له يعني لو اتلفا يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصح الايداع عندهما وبعد صحة الايداع لو اتلف المودع الوديعة يضمن وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا حيث يضمن الصبي المودع (قوله)

(كتاب الديات ٠٠٠ باب غضب العبد والمدير والصبي والجنابة في ذلك)

لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اقلغه
غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالا ضافة الى الصبي دون غيره *

قوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد لا باعتبار ان المالك بعصمة لان عصمة المالك انما
يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليست للمو
ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك واهم يوجد التسليط منه
يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك
ان يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط وفي الايضاح وهذا بخلاف
قتل العبد لانا انما نعتبر فعله تمكينا اذا كان هو متمكنا من ذاك الفعل بملكه والمالك غير متمكن
من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه فاما في غيره فهو متمكن من الاتلاف بملكه شرعا انما لا يطلق له
ذلك لكون الفعل سفها لا انه غير مدرك له وفي الاسرار فان قيل هذا الجواب يبطل بما لو كانت
شاة فخنقها الصبي او العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك هذا بحكم ملكه قلنا انما
يملك بحكم ملكه ان تصرف في حيوتها فانه يذبحها او يكن لا يملك الخنق لانه تضييع للمال
لالا انه اتلاف كما لو سبها لم يصح وفي مسئلة العبد لا يملك حيوته ولا التصرف فيها لا بحكم
انه تضييع ولكن بحكم انه اجنبي عند الا ترى انه اوفر عليه بالقصاص لا يصح **قوله** وبخلاف
ما اذا اقلغه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالا ضافة الى الصبي دون غيره
اي المالك بالايدي اع عند الصبي انما استقطعت عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم
في حق غيره كما كان لان التسليط انما وجد في حق الصبي لافي حق غيره فصار مال الوديعه
ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حق دمه فانه غير معصوم الدم في حق من له
القصاص ومعصوم الدم في حق غيره كما كان فان قيل لو كان الايداع من الصبي
تسليطه على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعه بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان
التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن ههنا فعرفنا
انه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع مال الصبي اليه لا يضمن انا تلف (في)

قال وإن استهلك ما لا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤخذ بانفعاله وصحة
القصد لا معتبر بها في حق العباد والله اعلم *

في يده ولو كان تصيبه لذلك بالتسليط يضمن قلنا إنما لم يضمن الاب فيهما لان يد من في عيال
المودع اذا كان اهلا لحفظ الوديعة كيد المودع الا ترى انه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ
مال غيره بيده فكانت يد الصبي كيد الاب من هذا الوجه ولو هلك الوديعة في يد الاب لم يضمن
فكذا اذا كان في يده حكما فان قيل لو استهلك الصبي الوديعة ثم جاء مستحق فاستحقها
وضمن الصبي لم يرجع الصبي على الآمر ولو كان الايداع منه تسليطا لرجع بالضمان عليه كما
لو قال له اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع بالضمان على الآمر قلنا الايداع منه ليس بامر بالاتلاف
وانه تسليط عرفا اذ عادة الصبيان اتلاف المال اقله نظرهم في العواقب فهو لما مكنته في ذلك
مع علمه بحاله صار كالاذن له في الاتلاف وقوله احفظ شرط باطل لانه خاطب به من لا يحفظ
ولا يقدر عليه ولا ولاية له عاينه ولا للصبي على نفسه فهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار
وقال احفظ بخلاف مسئلة العبد والامته لما قلنا وقيل الاصح ان معنى التسليط تحويل يده في المال
اليه الا ان يقوله احفظه قصد ان يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في
حق البغ باطل في حق الصبي لانه التزام بالعقد والصبي ليس من اهله فظهر من هذا ان الايداع
منه ليس بامر بالاتلاف بل هو تمكين منه في هذا القدر لا يستحق الصبي الرجوع على المودع اما
اذا امره بالاتلاف فقد استعمله بالحمل عليه الا ترى انه لو كان عبدا صار غاصبا بالاستعمال بامره واذا
صار مستعملا صار ضامنا له اسلابة عن عهدة ما باشره بامره عمله الا ترى انه لو قال لعبدا بحت لك
هذا الطعم فاكله العبد ام يصير هذا المبيع غاصبا بخلاف ما لو استعمله بامره منشأ الفرق هو كون التسليط
حكما لا صريحا بالامر وهو نظير ما لو رأى عبدا يتجرف سكت يصير العبد مأذونا له في التجارة ولو ظهر
ان العبد كان حرا واستحقه مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه ولمثله لو قال هذا عبدي اذنت
له في التجارة فباعه ثم ظهر انه كان حرا واستحقه مستحق يرجع الغرماء على المولى لان الاذن
في المبيعة مصرح به وهنا ومسكوت عنه في الوجه الاول والله اعلم بالصواب * (باب)

باب القسامة

وإذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح إذا كان هناك لوث استخلف الأولياء خمسين يميناً ويقضي لهم بالدية على المدعي عليه عمداً كانت الدعوى أَوْ خطأ وقال مالك رح يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي رح واللوث عند هما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وإن لم يكن الظاهر شاهداً لهم فمذهبهم مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردّها على الولي فإن حلفوا لادية عليهم للشافعي رحمه الله في البداية يدين الولي قوله عليه السلام للأولياء

باب القسامة

هي بمعنى الأقسام ثم قيل هي للإيمان التي يقسم على أهل المحلة إذا وجد قتل فيها **قوله** بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً هذا على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحنف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلنا ولا يحلف بالله ما قتلنا أجواز أن يكون باشر القتل بنفسه فيجري على يمينه بالله ما قتلنا فإن قيل بجواز أنه قتل مع غيره فيجري على يمينه بالله ما قتلنا كما في عكسه قلنا لا كذلك لأنه إذا حلف بالله ما قتلنا وكان قتل مع غيره كان كاذباً في يمينه فإن الجماعة متى قتلوا واحداً يكون كل واحد منهم قاتلاً ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد والكفارة في الخطأ **قوله** وإن لم يكن الظاهر شاهداً له أي إن لم يكن هناك لوث وهو فريضة حال توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدّم أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة واحد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه **قوله** فمذهبهم مثل مذهبنا أي في بداية يمين المدعي عليه غير أنه إن لم يكن أهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم بل يرد على الأولياء كما في الكول عنده فلا خلاف في موضعين في تحليف المدعي أو لا وفي براءة أهل المحلة باليمين فالخاص (أنه)

فيقسم منكم خمسون إنهم قتلوه ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد إذا كان الظاهر شاهد الولي يبدأ يمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فهذا وجبت الدية ولنا قوله صلعم البيئة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب **رض** أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق يمينه المال المبتذل فالولي أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله تخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي لأن اليمين حق والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو صالحي أهل المحلة لما أن تحريزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحريز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون

أنه إذا وجد ظاهر يشهد للمدعي عند الشايعي رح يحلف المدعي فإن حلف أنهم قتلوه خطأ فله الدية وإن حلف أنهم قتلوه عمدا فعليهم القصاص في قول والدية في قول فإن نكل المدعي من اليمين حلف المدعي عليهم فإن حلفوا برؤا ولا شيء عليهم وإن نكوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول وإن لم يكن الظاهر شاهدا للمدعي حلف أهل المحلة على ما قلنا *

قوله فيقسم منكم خمسون أصله ما روي أنه وجد قتيل من المسلمين في قليب من قليب خيبر فرفع إلى النبي عليه السلام فقضى باستحلاف خمسين من أهل القليب فلم يرخص الأولياء بأيمانهم بسبب كفرهم فقال لهم رسول الله عليه السلام يقسم منكم خمسون أنهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لا علم لنا قطعاً فودى النبي عليه السلام من ماله فأول الحديث حجتنا وتأويل قوله يقسم منكم أي يقسم منكم استغها ما على سبيل الإنكار وكأنه عليه السلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبوا إيمان اليهود بقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهية رسول الله عليه السلام بذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد **قوله** بدأ باليهود بالقسامة وهم أهل القليب **قوله** فالولي أن لا يستحق به (١)

تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جازلا نه يمين وليس بشهادة **قال** فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا يجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولما ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زباد بن ابي مريم النفس المحترمة جواب عن احد قولي الشافعي رح وهو قول مالك رح انه يجب القصاص بيمينه وكذلك على قوله الآخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس الا ان القصاص يسقط باعتبار الشبهة فيصار الى الدية بدلا عن القصاص *

قوله تفيد يمين الصالح على العلم لان صالحى اهل المحلة اذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا **قوله** لانه يمين وليس بشهادة يحترز بهذا التعليل من اللعان لانه شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل الشهادة **قوله** فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية اي على عاقلة اهل المحلة وفي المبسوط انما بقضى بالدية على عاقلة اهل المحلة في ثلث سنين لان حالهم هادون حال من باشر القتل خطأ واذا كانت الدية هناك على عاقلة في ثلث سنين فههنا **اولى قوله** في حديث عبد الله بن سهل وهو ما روى سهل ابن ابي حنمة ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحواثجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قاب خيبر يتشبط في دمه فجاءوا الى رسول الله عليه السلام ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخ القتل ان يتكلم فقال عليه السلام الكبير الكبير فتكلم احد عميه حويصة او محبيصة فاخبره بذلك فقال ومن قتله قال من يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود بايمانها **قوله** في حديث ابن سهل وفي حديث زباد فحديث سهل ما ذكره اما حديث بن زياد فما روى خصيف عن زباد بن ابي مريم انه قال جاء رجل الى النبي عليه السلام وقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله بما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فقال الرجل وليس لي من اخي الا هذا قال نعم ومائة من الابل (قوله)

وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على واحدة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على
 الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين ^{اليمين} صبرثة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت
 لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص تحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرؤا بالقتل فاذا
 حلفوا حصلت البرأة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القليل بين
 اظهرهم لا ينكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في الخطأ ومن انى منهم اليمين حبس
 حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيماً لأمرا الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف
 النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى عليه وفيما نحن فيه
 لا تسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا
 اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطأ لانهم لا يميزون عن الباقي
 ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل ولبه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق
 الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول
 ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقي من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان
 قال لا يستحلف المدعى عليه على قتله يميناً واحداً وجهه ان القياس ياباه لاحتمال وجود
 القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى
 يدعى القتل عليهم وفيما وراه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد
 من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص
 بين دعوى ودعوى فنوجبها بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم
 لانه ليس فيه نص فلوا وجبناهما لا وجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت
 ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استخلفه يميناً واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع
 القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان في القصاص
 فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى *

قوله وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على واحدة روي ان قتيلاً وجد بين واحدة وارجب (و)

قال وان لم تكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة واتي اليه تسعة واربعون رجلا فكررا اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتماهما ما يمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة تم فيها استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احد هم فليس له ذلك لان المصبر الى التكرار ضرورة الاكمال *

قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

قال ولا امرأة ولا عبدا لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها *

قال وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذا لقي في العرف من فأت حياته بسبب يداشيرة حي وهذا ميت حتى انقه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد *

وكان الى وادعة اقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية فقال وادعي يا امير المؤمنين لا ايماننا يدفع عن اموالنا ولا اموالنا يدفع عن ايماننا فقال انما حقنتم دماءكم بايمانكم وانما اغرمكم الدية لوجود القتل بين اظهركم وقوله وكذا الوادعي على البعض بايمانهم سند كره من بعد ان شاء الله تعالى وعد بيانه ثم في الموضع الذي وعد بيانه فيه قال وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وقيل في بعض النسخ الحكم المذكور مكان قوله سند كره فيصح قوله وقد ذكرنا لكن لم يثبت عندي صحة هذه الرواية من النسخ المتتمة *

قوله كررت الايمان عليهم لان تكرار اليمين مشروع كافي كلمات اللعان * (قوله)

ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها
القسامة والدية وإن وجد نصفه مشقوقاً بطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس
أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن
إلا أن الأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري
فيه القسامة ولا نالوا اعتبارنا تكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تنو اليان
والأصل فيه أن الموجد الأول أن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه
وأن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا إليه وصلوة
الجنابة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به
أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالاً وإن كان به أثر الضرب وهو تمام
الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً وإن كان ناقص
الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتاً لا حياً **قال** وإذا وجد القتل على دابة يسوقها رجل
فالدية على ما قلته دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما إذا كان في دارة وكذا إذا كان قائدها
أو راكبها فإن اجتمعوا فعليهم لأن القتل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم *

قوله والمعنى ما أشرنا إليه وهو أن تكرر القسامة والدية في قتل واحد غير مشروع **قوله** لأن
الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً فإن قتل الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي
ولسانه وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها قلنا اعتبار الظاهر
هنا لأنه نفس من وجه ولا كذلك الأطراف لأنها يسلك بها مسلك الأموال ولا يجب
القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها وأما الجنين فنفس من وجه عضو من وجه فإذا انفصل
تام الخلق وبه أثر الضرب فالظاهر أنه ينفصل حياً اعتبارنا جهة النفس كالقتل الموجود في
المحلة وبه أثر الجراحة يحكم أنه مقتول وتجب القسامة والدية اعتباراً للظاهر وإن كان
يحتمل أنه مات حتف أنفه تعظيماً للدم وإذا انفصل ناقصاً اعتبرنا فيه جهة العضو ولم نوجب
الدية التي لها خطر إذا لا تبين بانفصاله حياً ولا ظاهر يشهد بذلك **قوله** وإذا وجد (القتل)

قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو علي اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اني بقتيل وجد بين قريتين ما ران يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يفتش بين قريتين فوجد القتل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا *

القتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته وروي عن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول انه كان يفصل في الجواب ويقول ان هكذا اذا كان السائق يسوق الدابة محتشما مخفيا لان الظاهر انه هو القاتل اذا كان يسوقها على هذا الوجه فاما اذا كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا فلا شيء عليه لان الانسان قد يحمل اباة او ابنة او احدا من اقربائه الى بلدة ليدفنه فيه وظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلا ومن مشائخنا من قال انما يجب الدية على عاقلته السائق اذا لم يكن للدابة مالك معروف اما اذا كان اهما مالك معروف فالقسامة والدية على المالك كما في الدار عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال بعض مشائخنا القسامة على السائق او القائد والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن واطلاق الجواب في الكتاب يدل على هذا فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الدابة والدار على قول ابي حنيفة ومحمد رح والفرق هو ان العبرة في هذا الباب للتصرف والتدبير والرأي ثم التصرف والرأي والتدبير في الدار يكون للمالك لانه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك لانه وان آجرها فالموثة يكون على المالك فيكون القسامة عليه واما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير على من في يده الدابة لان يد صاحب الدابة يزول عنها بالاجارة وكذلك بالانفلات فلهذا يكون القسامة على الذي في يده الدابة *

قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت اي القضاء على اقربهما انما يكون اذا كان القتل بحيث يبلغ اهله الصوت هكذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي رح وادعة وارحب فيلثان من همدان *

(قوله)

قال وإذا وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرتهم
منهم وقرته بهم **قال** ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح
وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون للملك تكون بالسكنى الا يرى انه
عم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخير ولهما ان المالك هو المختص بنصرة
البتعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم اديوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير
منهم واما اهل خير فالنبي عم اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج *
قال وهو على اهل الخطة دون المشتريين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل
جانبا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص
بنصرة البتعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل
ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة **قال** وان بقي واحد منهم فكذلك يعني
من اهل الخطة لما بيناه وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشتريين
قوله واذا وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده فصار صاحب الدار مع
اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فلا يداخل اهل المصر مع اهل المحلة كذلك
لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة كذا في شرح الاقطع **قوله** ولا يدخل السكان في
القسامة مع الملاك يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك **قوله** وهو قول محمد رح ذكر في الاسرار
بعد ما ذكر هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح فقال قول محمد رح مضطرب وهمنا
اختار كونه مع ابي حنيفة رح **قوله** وهو على اهل الخطة اي وجوب القسامة على اصحاب
الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط الخطتميز
انصباهم **قوله** والولاية باعتبار الملك اي ولاية الحفظ **قوله** وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على
ما شاهد بالكوفة اي بنى على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه ان اصحاب
الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركون المشتريون في ذلك (قوله)

لان الولاية انتقلت اليهم او خاصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم وان وجد قتيل في دار القسامة على رب الدار وعلى قومه وقد دخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا والقسامة على رب الدار تكر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة **قال** فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولا خرم باقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة **قال** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لا حد هما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحم وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة العطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك دون البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لا حد هما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ * **قوله** لان الولاية انتقلت اليهم اي على قول ابي حنيفة ومحمد رحم لزوال من يتقدمهم او خلصت لهم اي على قول ابي يوسف رحم لما ان الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشتريين فالآن خلصت للمشتريين لزوال من يزاحمهم **قوله** بمنزلة الشفعة فانها على عدد الرؤس لا على قدر الانصاء عندنا **قوله** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الى قوله فان كان في البيع خيار فهو على عاقلة الذي في يده فالحاصل ان ابا حنيفة رحم اعتبر اليد وهما (اعتبرا)

قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها الذي في يديه
 لانه لا يد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليدوان كانت دليلا على الملك ولكنها
 محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد
 من اقامة البينة **قال** وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها
 في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على
 من يمدها المالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجالة وهذا على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله
 ظاهره العرق ايمان السفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة
 والدار لانها لا تنقل **قال** وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم

اعتبر الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك *

قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها الذي في
 يديه يعني اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي ودية في يده وهذا لما عرف ان
 اظاهر حجة للرفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب اثباته بالبينة كمن
 طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشتري ان تكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له
 فانه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة رحمه الله يعتبر اليد
 في استحقاق الدية كما اذكرنا آنفا لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد ولم يثبت ههنا يد الملك الا
 بالبينة **قوله** واللفظ يشمل اربابها اي لفظ من فيها **قوله** وهذا على ما روي عن ابي يوسف
 رحمه الله ظاهره ان يجعل السكان والمالك في القتل الموجود في المحلة سواء فكذا في القتل الموجود
 في السفينة واما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير في المحلة الى الملاك
 دون السكان وفي السفينة انهم في تدبيرها سواء اذا حدثتهم امر وهذا لان السفينة ينتقل فيكون
 الاعتبار فيها اليد دون الملاك فانها مركب كالدابة فكما ان الاعتبار في القتل الموجود على الدابة
 هو اليد دون الملاك فكذا في القتل الموجود في السفينة وهم في اليد عليها سواء بخلاف المحلة
 والدار لانها لا ينتقل وذكر شيخ الاسلام قال بعض المشائخ انما يجب على الركاب اذا لم (يكن)

وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه فالدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف ربح يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها على بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف ربح الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهم يقولون ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فرقة المالك والساكن وهي مختلف فيهما بين ابي حنيفة وابي يوسف ربح وان وجد في بركة ليس بقربها عمارة فهو دهر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلة وان وجد بين قريتين كان على اقربهما

يكن للسفينة مالك معروف فان كان فالقسامة عليه ومثل هذا التفصيل مرفى الدابة *
قوله وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه لان المتصور بالقسامة نفى تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين والدية على بيت المال لانه للعامة وفي المغرب الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الاسناد المجازي او هو من قولهم شرع الطريق اي تبين **قوله** واو وجد في السوق انما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي يكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان فيها من يسكنها في الياي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب موجب التقصير عليه كذا في مبسوط فخر الاسلام في المنتقى اذا وجد القتل في صف من السوق فان كان اهل ذلك يبيتون في حوائطهم فدية القتل عليهم وان كانوا لا يبيتون في حوائطهم فالدية على الذين لهم ناك الحوائط **قوله** فلا يتعلق بهم ما يجب لاهل النصرة اي لاجل ترك النصرة (قوله)

وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتسبا بالشاطيء فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضوع فهو كما لموضع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان *

قوله وقد بيناه اي في مسألة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل **قوله** وان وجد في وسط الفرات ذكر الفرات ليس بقيد وفي المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري فيه الماء فلا شيء فيه وكذلك ذكر الوسط وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه اذا كان كذلك فلعل هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان القتل في مكان الانبعاث او مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وفي الذخيرة ايضا مثل هذا **قوله** وان كان محتسبا بالشاطيء فهو على اقرب القرى من ذلك الموضع على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قتل هذا محمول على ما اذا كان يبلغ اهله الصوت وفي المبسوط وان كان الى جانب الشط محتسبا فهو على اقرب القرى اليه ثم قال وهذا اذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع ونادى باعلى صوته وان كانوا لا يسمعون ذلك لاشيء عليهم فيه هكذا فسر الكرخي رح وفي الذخيرة واما اذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شيء وانما يجب في بيت المال لانه تحت يد عامة المسلمين **قوله** وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان هذا هو الموضع الذي وعد بانه فيه بقوله وسند كره من بعد ان شاء الله تعالى ومنها قال وقد ذكرناه فلعله رحمه الله توهم انه ذكره وقيل في بعض النسخ ذكره ثم فعلى هذا يستقيم قوله وقد ذكرناه * (قوله)

قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك يبان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقدير احيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين اظهرهم الا بدعى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه *

قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتل فهو على اهل المحلة لان القتل بين اظهرهم والمحتظ عليهم الا ان يدعى الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة *

قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم اي سقط القسامة والدية ويحلف المدعى عليه يمينا واحدا كذا في الذخيرة **قوله** فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر فان الشارع اوجب القسامة ابتداء على اهل المحلة فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداء وفي المبسوط وان ادعى اهل القتل على بعض اهل المحلة الذين وجد القتل بين اظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا او خطأ لم يبطل بهذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهو ان القاتل واحد من اهل المحلة لكننا لانعلم ذلك حقيقة وبدعى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فان لم يستغديه هذه الدعوى شيء الا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على اهل المحلة وروى بن المبارك عن ابي حنيفة رح انه يسقط القسامة عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فان رعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئاً لهم عن القسامة وذلك صحيح منه وان ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم المتناقض لانه لما ادعى على غير اهل المحلة فقد ابراء اهل المحلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على اهل المحلة المتناقض كذا في المبسوط **قوله** واذا التقى قوم بالسيوف (فا)

قال ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناها ما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هذرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف رح وقد ذكرناه *

قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه *

فاجلوا من قتيل قال الفقيه ابو جعفر رح في كشف الغوامض وهذا اذا كان الفريقان متاولين اقتلوا غصبة فان كانوا مشركين او خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو *
قوله للحديث الذي رويناها في اوائل باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر **قوله** لان الظاهر ان العدو قتله ولهذا كان شهيدا اذ الظاهر ان الانسان بعد الالتقاء انما يقتل من يعاديه لا من يوازره وانما اوجبا القسامة والدية على اهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد عدم ههنا بخلاف ما اذا اقتل الفريقان من المسلمين غصبة كالكلابادي والدروازكي بخارا اذ ليس في اضافة القتل الى العدو حمل امر المسلمين على الصلاح اذ الفريقان مسلمان فبقي حال القتل مشكلا فيجب القسامة والدية على اهل المكان كذا في المبسوط **قوله** وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بينا يعني اذا لم يقاتلوا عدوا فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها وان كان خارجا فعلى اقرب الاخبية لان ذلك الموضع (في يد)

قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصاين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس *

قال ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل *

في يد اقرب اهل الاخية هذا اذا انزوا متفرقين اما اذا انزلوا مختلطين فان الدية والقسامة عليهم كذا في مبسوط شيخ الاسلام *

قوله كالوصي اذا خرج من الوصاية بان بلغ الغلام او عزله القاضي **قوله** وعلى الاصاين هذين يتخرج كثير من المسائل الاصلان مجتمع عليهما انما الخلاف في انه اهل المحلة ما حكمهم عند ابي حنيفة رح هم خصماء وعندهما كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء فلهذا لم تقبل شهادتهم عند ابي حنيفة رح وقبلت عندهما ومما يتخرج على الاصلين مسألة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالسراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل لانهما ما صارا خصمين بل صارا بعرضة ذلك ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب لصيرورتهم اخصمين ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الشفيع بتسليم الشفعة وان سلم الادار الى المشتري لانه صار خصما للشفيع بنفس البيع فانه وجب عليه التسليم الى الشفيع متى طلب منه كما وجب التسليم الى المشتري والموصى له بالتثا اذا شهد بموت الموصى بحال وقوع الاشكال في موته وقد رد وصية قبلت الشهادة **قوله** لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه اشارة الى ما ذكر من (الفرف)

قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهل فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس فلا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جرح به رمق حمالة انسان الى اهل فمكت يوم او يومين ثم مات لم يضمن الذي حملة الى اهل في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جرحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلته او رثته عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد وزفره لاشي فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدر اوله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية

الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم الى آخره *
قوله ومن جرح في قبيلة اي ولم يعلم الجراح **قوله** فان كان صاحب فراش حتى مات اي لو صار المجروح صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل الى اهل فمات وانما قيد به لانه لو كان صحيحا يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في اهل فلا شي فيه كذا في المبسوط **قوله** وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة وهو من جرح في قبيلة وفي المبسوط بعد ما ذكر مسئلة القبيلة وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجيء فلا شي على من حملة وفي قول ابي يوسف رح لاشي عليه في الوجهين **قوله** ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلته لو رثته عند ابي حنيفة رح وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو ان عاقلته الوارث والمورث متحدان كان (في)

من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف
المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير
كأنه قتل نفسه فيهدر دمه ولوان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما
مذبوحا قال ابو يوسف رح يضمن الآخر الدية وقال محمد رح لا يضمنه لانه يحتمل انه
قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا بي يوسف رح ان الظاهر ان
الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل
في قرية لا مرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان

في موضع يختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مماوكة
للورثة لا للميت ان يكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة
ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على
عاقله القتل كذا في المبسوط *

قوله من مات قبل ذلك اي قبل ظهور القتل **قوله** فيجب على عاقلتهم اي على
عاقله الورثة فان قيل اذا قتلتم ان الدية تجب على عاقلة الورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا
عنهم لهم قلنا ان الدية تجب للمقتول حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه
الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثه
وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا في دار نفسه لان هناك اذا وجد غيره قتيلا انما هو
يجعل كالقاتل له لقيام ملكه في الدارين وجد القتل وذلك غير موجود فيما
اذا وجد هو قتيلا فيه فان الملك منتقل الى الورثة وملك المكاتب باق لبقاء عقد
الكتابة فلهذا افترا **قوله** ولوان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث اذ لو كان ثالث
يقع الشك في القاتل فلا يتعين واحد منهما **قوله** كما اذا وجد قتيل في محلة اي
كان توهم قتل نفسه ساقطا هناك فكذا هنا *

(قوله)

والدية على ما قلناها قرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رح القسامة على العاقلة
ايضاً لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصره والمرأة ليست من اهلها فاشبهت
الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحقة قال المتأخرون ان
المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة
ولو وجد رجل قتيلاً في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال
هو على صاحب الارض لانه احق بنصره من اهل القرية والله اعلم *

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقولة وهي الدية وتسمى الدية عقلاً لانها تعقل ^{تكون} الدماء من ان تفسك اي تمسك
قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون
يعنى يودون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام

قوله والدية على ما قلناها قرب القبائل اليها في النسب لانها لا تقوم بها النصره فلا تكون
من اهل الديوان **قوله** قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه
المسئلة وانما قيد بقوله في هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية
في صورة من الصور على ما يجي في المعاقل ويدخل في هذه المسئلة لانا جعلناها قاتلة
فالقاتلة يشارك العاقلة لانها لما وجب على غير المباشرة على المباشرة ان يجب جزء
منها اولى وموضوع المسئلة فيما اذا وجد القتل في دار امرأة في مصر ليس فيه من
عشيرتها احد اما اذا كانت عشيرتها حضورا يدخل معها في القسامة والله اعلم *

كتاب المعاقل

قوله وكل دية وجبت بنفس القتل احتراز عما وجبت بالصالح والاعتراف * (قوله)

في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوة ولان النفس محترمة
لاوجه الى الاهدار والخاطيء معذور وكذا الذي تولي شبه العمد نظرا الى الآلة
فلاوجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اججانه واستيصاله فيصير عقوبة
فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره
وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به *

قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم
في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميتهم
في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب
ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دُونَ الدواوين جعل العقل على اهل الديوان
وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير تكبير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو
تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف

قوله في حديث حمل بن مالك حمل ههنا اسم ولد الصايه سمي به وكانت له ضرطان
فضربت احدهما الاخرى بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا قال النبي عليه السلام لاولياء
الضاربة قوموا فدوة فقال اخوها عمران بن عويم الاسلمي اندي من لا صاح ولا استهل
ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فدوة
قوله لانه انما قصر بقوة فيه وتلك بانصاره لان مثل هذا الفعل لا يكون الا بضرب استهانة
وقلة مبالاة وتقصير في التحرز وذا انما يكون بقوة يجدها المرأ في نفسه بكثرة اعوانه وانصاره
وانما ينصرة عاقلة فخصوا به **قوله** دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة فقال
فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة والديوان الجريدة من دون الكتب
اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة **قوله** وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير (معنى)

والولاء والعدو في عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على
اهله اتبها عالمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فما قلنهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما
هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي
عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء
للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في
اكثر من ثلاثة اوافل اخذ منها لحصول المقصود وتأويله اذا كانت
العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية
قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء

معنى وهذا جواب عن قوله ولا نسخ بعده فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف
ما قضى به رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله عليه
السلام معنى فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام قضى على العشيرة باعتبار النصره فقد
كان قوة المرأ ونصرته يومئذ بعشيرته فلما دون عمر الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان
فلهذا افوضوا بالدية على اهل الديوان الحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم ومنه
قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ههنا ولاء الموالاة *

قوله والولاء اي ولاء العتاقة والعدو هو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان اي
يعد منهم كمن سكن في دار قوم يعد فيهم وان لم يكن له قرابة فيهم كابليس العين كان يشتغل
بالعبادة فيما بين الملائكة يعد منهم وان لم يكن من جنسهم **قوله** اولى منه في اصول اموالهم
اي من الايجاب **قوله** لحصول المقصود وهو التفريق على الاعطيات **قوله** لان
الوجوب بالقضاء لان من عليه غير معلوم لان في العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضاء
فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء وان خرجت بعد القضاء * (قوله)

على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للمعاقل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل
يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذ كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان
كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث
الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية وعلى القاتل بان قتل الاب ابنه عدد افهوى ماله
في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التأجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به
هو جلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا
للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان
الواجب الاصل المتل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المغرور
قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في المعاقل
قال ويقسم عليهم في ثلث سنين لايزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها
قال رضي الله عنه كذا ذكره القدروي رح في مختصرة وهذا اشارة الى انه يزداد على اربعة من
جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزداد كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على
ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح *

قوله على ما نبين ان شاء الله تعالى اشارة الى قوله وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء
بالدية لان الواجب الاصل المتل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد
المغرور لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي
وتحقق العجز عن استيفاء النفس طافيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه الى المال كما في ولد
المغرور فان قيمته انه يجب على المغرور بقضاء القاضي وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن في
الحكم جعل الواجب رد العين الا ان يحول القاضي الى القيمة بقضائه لتحقيق العجز عن رد العين (و)

قال وان لم تكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران وعلى هذا حكم الرايات اذ لم تتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حاربهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبره بالزكاة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي احوط رتبة منها الا ترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيق الزيادة التخفيف ولو كانت حاقة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في اوزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل ذلك منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت اوزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخارج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية

ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيئا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل في حق العينين

فانه لا يعتبر فيما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي *

قوله ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم صورته اذا جنى واحد من اولاد حسين مثلا يكون موجب الجناية عليهم وان لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم اليها قبيلة الحسن ثم بنوهم فان لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضم اليهما قبيلة عقيل ثم بنوهم **قوله** وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل اي عند الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون اقل من نصف دينار او خمسة دراهم لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكاة وادنى ما يجب في الزكاة نصف دينار او (خمسة)

وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء يوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ابسراما لان الاعطية اكثر اولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والا عطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم *

قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلامعنى لا خراجة ومواخذة غيره وقال الشافعي رح لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبار الجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطيء معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله تعالى عنهما لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصر لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصر وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا وامرأة لاشيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما

خمسة دراهم ولنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذافي القليل دون الكثير وهذه صلة واجبة امر وابدائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص من ذلك الا ترى انها لا يجب في اصول امورهم وانما يجب فيما هو صلة وهو العطاء تحقيقا للتخفيف *

قوله وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر اي سدس السدس

قوله وادخل القاتل في العاقلة اي اذا كان من اهل العطاء في الديوان اما ان لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا وامرأة لاشيء عليهما من الدية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين (ان)

والفرض لهما من العطاء للمعونة لأن النصر كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهم ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصر أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل مصر فإنهم إذا حاربهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل مصر باعتبار معنى القرب في النصر ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصر بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصر بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعافل ومن جنس جنابة من أهل مصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه مصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر وأما يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل مصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل مصر ولا يخصصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل مصر وهذا الآن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل مصر أقرب منهم مكاناً فكانت القدرة على النصر لهم

أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكره هنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد بن ح * **قوله** والفرض لهما من العطاء للمعونة هذا جواب أشكال وهو أن يقال العطاء إنما يدفع لنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة يكون عواقل لغيرهم فكذا النساء فأجاب أن العطاء إنما يدفع للنصارى والصبيان في الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصر أي باعتبار معونة الإمام للصبي والمرأة **قوله** وغيره وهو العدو والحلف **قوله** وأهل البادية أقرب أي نسباً وقيل هو الصحيح أي قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة **قوله** وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم أي ذاقرة لهم * (قوله)

وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل
 المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل
 المصر النازل فيهم لانه لا ينتصرون بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل
 احدهم قتيلا فدينه على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
 لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن
 لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا
 ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه
 في ماله بمنزلة تاجر مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله
 لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر
 عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم

قوله وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة اي صار كصغيرة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب
 غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها وهذا اهل
 المصر اقرب مكانا فكانوا اقدر على النصرة من اهل البادية وان كانوا اقرب نسبا
قوله لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية
قوله كما في حق المسلم اي تجب الدية في مال المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن
 ابي حنيفة روح وفي ظاهر الرواية يجب في بيت المال وفي المبسوط فرق بين المسلم والذمي
 فان الجاني اذا كان مسلما ولا عاقلة له فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية ولا يجب في مال
 الجاني والفرق ان العقل انما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة ومتى لم يكن للمسلم ديوان
 ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة المسلمين اهل نصرته فامكننا ايجاب عقله في بيت مال المسلمين
 باعتبار النصرة بخلاف الذمي فان جماعة المسلمين ليس من اهل نصرته فالولاية بيننا وبينهم
 منقطعة فتعذر ايجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله **قوله** وتمكنه من هذا
 القتل ليس بنصرتهم اي تمكين الذمي من هذا القتل ليس بنصرة اهل الاسلام اياه (قوله)

لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رح لا نقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رح يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكبير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على اهل البصرة

قوله لان الكفر كله ملة واحدة اي في انه اعراض عن الحق واتباع الرسول وهذا اذا كان من ديانته ان العاقلة يتحملون عن القاتل اما اذا لم يدنو بذلك يكون في مال القاتل **قوله** فحول ديوانه اي بعد الفتل **قوله** وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة اي في هذه الحالة **قوله** وكذا الوجوب على القاتل النكته الاولى انما هي من حيث النظر الى الواجب والثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب والخاص ان النظر الى الوجوب او الى محل الوجوب يقتضي ان يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية **قوله** بخلاف ما اذا قلت العاقلة بان مات بعضهم يتعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء اي لا يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت (العاقلة)

ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم وعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى دراهم ابدالمافيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر **قال** وعاقلة المعتق قبيلة مولا لان النصره بهم ويؤيد ذلك قوله عايه السلام مولى القوم منهم **قال** ومولى المولا يعقل عنه مولا وقبيلته لانه ولاء يتنا صربه فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في كتاب الولاء **قال** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوف عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صالحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا احجاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير العاقل عرف بالسمع العاقلة حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع انه فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان في ضم اقرب القبائل اليهم تقريرا للحكم الاول لا ابطالا له *

قوله لكن يقضى ذلك اي الابل من مال العطاء بان يشري الابل من مال العطاء **قوله** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية فيه اشكال وهو ان قتل عبد غيره خطأ وقيمه اقل من ارش الموضحة فان العاقلة يتحمل الا ان الجواب عنه ان المراد منه في مادون النفس فاصافي النفس فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة وهذا دية لان القيمة في العبد قائمة مقام الدية في الحر * (قوله)

قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه النسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رح او النسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا ان تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف مشرب دل الرجل على ما صرف في الديت فمادونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذ بالقياس *

قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا مالزم بالصلح او باعتراف الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر العبد والافرار والصلح لا يلزم ان العاقلة لفصور الولاية عنهم *

قال الا ان يصدقوا لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقيل خطأ ولم يراجعوا الى القاضي الا بعد سنين قصي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينه ففي الثابت بالافرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان فاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلة بالكوفة بالبينه وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم وام يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول

قوله لا يعقل العاقلة عمد صورته اذا كان القاتل اب المقتول **قوله** ولا عبد قال ابو حنيفة رهوان بجنى العبد على الحر وقال ابن ابي ليلى هو ان بجنى الحر على العبد وصوبه الاصمعي قال لو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عاقلة عبد فعلى ما صوبه الاصمعي المراد ان يكون الجناية على عبد فيبادون النفس **قوله** بخلاف الاول اراد به قوله والافرار والصلح لا يلزم ان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الافرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرورة وفي المبسوط في قوله ولم يكن عليه شيء اي على المقر شيء في ماله لانهما تصادقا ان الواجب بقضاء القاضي تقرر على العاقلة وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه ونصلحهما حجة في حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة وهو قضاء القاضي لم يوجد اصلا فيقضى بها في مال المقر (قوله)

الآن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقرر على نفسه وفي حق العاقلة مقرر عليهم **قال** واذا اجنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوله تحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا راح ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذاك ولهذا لو مات كان ميراثه بيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة روى رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والانتلاف منه الا ان العاقلة تحمّلها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملا عنة تعاقبه عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه تم ادعاء الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم ينقض القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحمّلوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم **قوله** الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته من ذلك لانه في مقدار حصته مقرر على نفسه وبهذا تبين ان القاتل انما يكون احد العواقل عندنا اذا كان له عطاء في الديوان فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بسجودهم عاد الدين الى ذمة المحيل قلنا هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينالدفع التوي عن مال المسام وهذا اصله لم يكن دينا وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر وبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف كذا في المبسوط **قوله** قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال هذا اذا كان القاتل مسلما اما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية في ماله لا في بيت المال **قوله** فكذا ما يلزمه (من)

لأنهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى
جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من
وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فينبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم
وكذلك رجل امر صبي بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر
ان كان الامر ثبت بالبينه في مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها
القاضي على الامر وعلى عاقلة الامر لان الديات تجب مؤجلة بطريق النيسير قال رضي الله عنه
هنا عدة مسائل ذكرها محمد بن مفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا
تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى الاء بسبب حادث لم تنتقل جانيته عن الاولى قصي بها ولم يقض

من الغرامة يلزم بيت المال وفي فتاوى قاضيخان روى محمد بن ح عن ابي يوسف رح ان من
لا عاقلة له اذا قتل رجلا خطأ فان دية الفتيل يكون في مال الجاني وذكر في كتاب الولاء من
الاصل ان بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بان كان
حر ام مسلما ولم يكن مستحقا بان كان كافرا او عبدا فقال لو كان حربيا مستأمننا اشترى عبدا مسلما
في دار الاسلام فاعتقه ثم عاد المستأمن الى دار الحرب ثم اسروا وخرج الى دار الاسلام ثم
مات معتقه فميراثه يكون لبيت المال لان معتقه رقيق في الحال ولو جنى هذا المعتق فعقل
جانيته يكون عاينه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق وان كان المعتق
لا يستحق ميراثه لاجل الرق وهو الصحيح *

قوله لانهم مضطرون في ذلك حيث يحملوا بالزام القاضي وهذا نقي لجهة التبرع
قوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى الاء
قوله فانتقل بيان التبدل وصورته اذا تزوج عبد بمعتقة قوم فوادت منه اولاد ا يكون
ولاء الاولاد لموالي الام فاذا جنى الولد فالجناية على عاتق الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب
جر ولاء الولد الى نفسه بسبب حادث وهو العتق فلا ينتقل جانيته *

(قوله)

وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها ولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة ونقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأهلا لا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب *

قوله وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة يعني اذا قل ابن الملائنة رجلا خطأ فعقلت منه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يثبت منه نسبه ورجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم ينقض القاصي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لانه عند اكداب الاب نفسه يظن ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنائته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام يحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي فيرجعون عليهم فصار حالهم مع عاقلة الاب كحال ولي الجناية وقد مر ان التأجيل ثم من وقت القضاء لا من وقت الجناية فكذا هنا وانما يرجعون في ثلث سنين لانهم ادوا هكذا **قوله** ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء نظيرة ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وعلى قول زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح ايضا **قوله** وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة ونقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده نظير الزيادة ما حول ديوانه الى العاقلة بعد القضاء عليهم يشاركهم المضمون اليهم فيما يؤدون بعد التحويل ونظير النقصان ما اذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل في عطائه ثلثة دراهم او اربعة دراهم وقد كان يصيبه قبل النقصان اقل من (ثلاثة)

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة

ثلاثة دراهم او اربعة دراهم وان قلت العاقلة حتى يصيب الرجل اكثر من ثلاثة دراهم او اربعة دراهم ضم اليهم اقرب القبائل في النسب حتى يصيبه في عطائه ثلثة دراهم او اربعة دراهم وهذا لان في الجواب الزيادة عليهم احب افاضلهم ولانه متى جربهم امر ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون باقرب القبائل اليهم فكانوا في بعض الاحوال يستصرون بهم عند الحاجة فاذا لم يضمنون اليهم في تحمل العقل عند الحاجة والله اعلم *

كتاب الوصايا

باب صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
ركن الوصية قوله او وصيت بكذا النلان وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصي مالا قابلا للتمليك وحكمها ان يملكه الموصى له ما كان جديدا كما يملك بالهبة **قوله** الوصية غير واجبة انما ذكر قوله وهي مستحبة بعد قوله غير واجبة لنفي قول بعض الناس الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار واستدلوا بظاهر قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ اِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ اِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عايه السلام لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الآخر ان كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ابلنين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه ولنا انها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وهي تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع في حال الحيوّة وما تلوه منسوخ بآية المواريث (وما)

(كتاب الوصايا ١٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون وجوهه) والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكه ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك فدا كان باطلا فهذا ولي الا انا استحسانا لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بما له على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالى ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبة الحال وفي شرح الوصية ذلك فشرعنا ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى **مَنْ بَعْدُ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه انشاء الله تعالى

وهو اروا فهو شاذ فيما يعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على انه كان في الابتداء قبل نزول آية الموارث والمراد ان ذلك لا يليق بطريق الاحتياط او الاخذ به كالمكارم الاخلاق كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجارة طار الى جنبه **قوله** والقياس يأبى جوازها لما ذكر من الدليل اولانها لو جازت فاما ان يزول عن ملك الموصي ويدخل في ملك الموصي له قبل القبول كالارث وهو باطل لانه لا قدرة له على ازالته ملكه الى غيره الا برضا او يزول عن ملك الموصي ولا يدخل في ملك الموصي له ما لم يزل وفيه جعل كونه مملوكا بلا مال او لا يزول عن ملك الموصي بل يبقى على حكم ملكه الى ان يقبل وهو باطل ايضا لان الميت ليس باهل للملك الا انا استحسانا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى **مَنْ بَعْدُ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث اموالكم في آخر اعماركم الحديث واجماع الامة ولحاجة بعض الناس **قوله** ومثله في الاجارة بيناه وهو ان القياس يأبى جواز الاجارة لانها بيع المعدوم الا انا جوزناها باعتبار حاجة الناس * (قوله)

(كتاب الوصايا ٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه) ١٢٢٩

قال ولا يجوز به ازاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الا جانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحريزا عما يتفق من الاثار على ما بينه وقد جاء الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسرته بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث *

قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى

قوله في حديث سعد بن ابي وقاص وفي بعض النسخ سعد بن مالك رضي الله عنهما روي انه قال في مرضه لرسول الله عليه السلام افا وصي بكل مالي فقال لا قال افا وصي بنصف مالي قال لا قال افا وصي بثلث مالي قال الثلث والثلث كثير ابي لا تستقل الثلث والثلث كثير كاف **قوله** لان الساقط متلاش متصل بقوله فكان لهم ان يردوه اي كان لهم ان يردوا ما اجازوا في حال حيوة مورثهم لان اجازتهم في ذلك كانت ساقطة غير معتبرة لعدم مصادقتها محلها وكل ساقط متلاش فلا يتوقف الى وقت موت المورث حتى يتقلب معتبرة بعد الموت **قوله** غاية الامر انه يستند اي ثبوت الحق يستند عند الاجازة الى بعد الموت اي اذا اجازة الورثة يستند ثبوت الحق في الزائد على الثلث للموصي له الى اول المرض لان حق الورثة يتعلق بالتركة من اول المرض وهم بالاجازة اسقطوا حقهم في الزائد على الثلث فثبت ان الاجازة لاقت محلها فلم يكن لهم ان يردوه بعد الموت وفي بعض النسخ عند الاستغناء مكان قوله عند الاجازة فعلى هذا يكون المعنى غاية الامر ان ثبوت الحق للوارث يستند عند الموت (١)

(كتاب الوصايا ١٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه)

ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت بمجرد الحق فلواستد من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمترهن اذا اجاز بيع الراهن *

الى اول المرض فيكون الاجازة من الورثة حال حيوة الموصي حال ثبوت الحق فكان ينبغي ان يصح الاجازة ولا يرد بعد الموت لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى اي الاجازة قبل الموت تلاشت واضمحلت فلا يظهر هذا الاستناد في حقه فلا يعتبر *

قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت اي ولان حقيقة الملك للورثة انما يثبت بعد موت الموصي وقبله يثبت بمجرد الحق فلواستندت حقيقة الملك عند الاجازة في حال حيوة الموصي لزم ثبوت الملك حقيقة للموصي له في الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة لان اجازتهم حال حيوة الموصي انما لاقت حق الملك لهم لا حقيقة الملك فلواستندت من كل وجه وانقلب حق الملك حقيقة يلزم ثبوت الملك للموصي له في الزائد على الثلث بدون رضاهم ان الرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة **قوله** فحكمه ما ذكرنا اي تعتبر الاجازة بعد الموت لا قبله **قوله** وكل ما جاز باجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من الوارث وثمرة هذا الاختلاف تظهر في مسائل حتى صحت هذه الاجازة عندنا في مشاع يحتمل الفسدة ويصير ملكاً للموصي له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعد الاجازة وعند الشافعي ينعذهبة من الوارث حتى انه ان سلم اليه يصح وان لم يسلم اليه بطلت ولا يجبر عليه كذا في المبسوط والصحيح قولنا لان الاجازة لازالة المانع والحكم يضاف الى السبب لا الى ازالة المانع **قوله** وليس من شرطه القبض اي عندنا لان المجاز له يملكه من جهة الموصي لا من جهة الوارث فلا يشترط القبض (قوله)

(كتاب الوصايا ١٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه) ١٤٣١

قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباحرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخبره الله تعالى فتحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رح تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه ولو اجازتها الورثة جاز عندنا بن حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم **قال** ولا تجوز لو ارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا وصية للوارث ولانه يتأذى البعض باثر البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي روي به

قوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث انما جمع بينهما بطريق التشبيه من حيث مجرد النفع العائد اليهم عند بطلانها لا غير وان كان بينهما افتراق من حيث ان الوصية لو لحقتها الاجازة تصح والميراث لا يصح وان اجيزوا وانما افتراقا لان اجازة العبد وردة انما يعمل فيما كان من جهة العبد والوصية تمليك من جهة العبد فجاز ان تعمل الاجازة فيها ولا كذلك الميراث لانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا تعدل فيه اجازة العبد لذلك والمعنى ان نفع بطلانها لما كان عائدا اليهم كان الموصي به حقهم والورثة بالا اجازة اسقطوا حقهم فيجوز *

قوله ولانهم لا يرضونها للقاتل وهذا التعليل لبيان ان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار انهم لا يرضونها ظاهرا كما لا يرضونها لاحدهم ثم الورثة لو رضوا بالوصية لاحدهم تجوز فكذا للقاتل وما قاله ابو يوسف رح لان جنايته باقية والامتناع لاجلها اي حرمانه كان بطريق العقوبة قلنا لا نسلم انه كان بطريق العقوبة الا ترى انه يستوي فيه الخطا والعمد وان كان الخطا لا يستحق العقوبة وانما حرمانه دفعا للغيط من الورثة حتى لا يشاركهم في مال ايهم من سعى في قتله وهذا ينعدم باجازه الورثة واما الصبي فهو بمنزل من الغيط (لقصور)

(كتاب الوصايا ٠٠ بلب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمايك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار * **قال** الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيمار ويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد

لتصور عقله فلا يغيظ فعله الورثة مثل غيظ البالغ اياهم فلا يثبت في حقه ما ثبت في البالغ *

قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت حتى لو اوصى لاختيه ولا ابن له ثم ولد له ابن يصح وصيته لاختيه بخلاف ما لو اوصى لاختيه وله ابن ثم مات ابنه يبطل الوصية وفي فتاوى قاضي خان ولو اوصى لاختيه الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخت لام وتبطل الوصية للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرثه وتبطل الوصية للاخ لاب وام والاخت لام لانهما يرثانه

قوله واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار صح الاقرار كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار كما اذا اقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار للاخ وارثا تبطل اقراره له عندنا وقال زفر رجا اقراره صحيح لان الاقرار موجب للحق بنفسه فانما ينظر الى حالة الاقرار وقد حصل لمن ليس هو بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها وبهذا فارق الهبة والوصية لانه مضاف الى ما بعد الموت حقيقة او حكما ولنا انه وارث بسبب كان قائما وقت الاقرار فتبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل وهذا لان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار تثبت صفة الورثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين ان الاقرار حين حصل كان للوارث (و)

(كتاب الوصايا ١٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه) ١٤٣٣

قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين والآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية *

قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصي له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد *

قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرباة جميعا وان كانوا اغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لا شتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين *

وبخلاف ما لو اقر له بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراؤه بالدين جائز لان كسب العبد لمولاة فهذا الاقرار حصل عن المريض في المعنى للمولى وانه اجنبي منه وبان صار العبد من ورثته بسبب قائم وقت الاقرار لا يبطل ذلك الاقرار *

قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة ولا يقال الوصية اخذ الميراث والكافر لا يرث من المسلم لان الوصية ليست بميراث مطلقا لانها يشبه الهبة من حيث انه يملك بتمليك الموصي فالحقناه بالهبة وفي الجامع الصغير الوصية للحربي هو في دارهم باطلة لانها بروصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وفي السير الكبير ما يدل على الحوز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل فان فعل **قوله** ويستحب ان يوصي (١)

١٥٣١ (كتاب الوصايا ٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذاك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

قال والموصي به يملك بالقبول خلافا لفررح وهو أحد قولي الشافعي رح وهو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصي له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الورثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول *

قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصي له قبل القبول فيدخل الموصي به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك هو ونوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجد الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تاما لا يلحقه الفسخ من جهة انما توقفت لحق الموصي له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة

الانسان بدون الثالث روي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انها قالان لان يوصي بالخمس احب الينامن ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينامن ان يوصي بالثلث الكاشع العد والذي اعرض ولك كشحه الكسح ما بين الخاصرة الى الصلع وقيل الكاشع والعد الذي اضمرا العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصرف لفصل لان النصدق على المحب الصديق مما يميل اليه النفس لمحبه وصداقته وفي التريب الكاشع المنظور اليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفس لان نفسه لا تدعوه الى التصديق عليه فكان ترجيح معنى القرابة في الاحسان اولى من ترجيح جانب المحبة خصوصاً اذا كان ذلك متضمنا مخالفة النفس وقهرها فكان هو اولى لا محالة *

قوله والموصي به يملك بالقبول اي بالقبول بعد موت الموصي وبعد القبول يلزمه ولا يصح ردة على ورثته بلا رضاهم لانه بالرد ملك لهم **قوله** الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصي له قبل القبول فيدخل الموصي به في ملك ورثته استحسانا والقياس (١)

(كتاب الوصايا ٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه) ١١٣٨

قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدأ بادلهم فالاهم الا ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتتخذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها *

قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظره بصرفه الى نفسه لنيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازاً او كانت وصية في تجهيزه وامر دونه وذلك جائز عندنا وهو بحر الثواب بالترك على ورثته كما يسهل والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوصاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال اعتبرناه بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نفعاً في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا دركت فثلثه الى لفلان وصية لفصور اهليته وقت المباشرة فلا يملكه تنجيذاً او تعليقا

ان يبطل الوصية وفي بعض المواضع الفياس ان يكون ورثته بمنزلة في الرد والقبول وفي الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا او قبلوا *

قوله ولا تصح وصية الصبي اي سواء مات قبل الادراك او بعده وقال الشافعي يصح اذا كان في وجوه الخير لانه نظره لصرفه الى نفسه في نيل الزلفى قال الشافعي على هذه النكتة لا يلزم من عدم صحة اسلامه فان اسلامه لا يصح بنفسه وقبول الهبة والصدقة لا يصح منه مع ان في كل منها نظره لان ما فيه منفعة الصبي اذا امكن تحصيله له بولي لا يعتبر فيه عقله ورشده والا سلام يحصل له بغيره وكذلك قبول الهبة والصدقة فاما اكتساب الاجر بالوصية فلا يمكن تحصيله له بغيره **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازاً يعني كان هو بالغاً ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بالغاً بطريق المجاز الا ترى ان عمر رضي الله عنه لم يستفسر ان وصيته كانت لعمل القرية او لغيره كذا في المبسوط (قوله)

(كتاب الوصايا ٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوع عنه)

كما في الطلاق والعناق بخلاف العبد والمكاتب لان اهاتهما مستتمة ولما منع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه *

قال ولا نصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا نصح وعندهما تصح رد الها الى مكاتب يقول كل مماوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه **قال** وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية ان هي اخذت الا انه يرتد بالرد لمافيه من معنى التملك بخلاف الهبة لانه اتسليك محض ولا ولاية لاحد عليه لملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود والى *

قوله كما في الطلاق والعناق اي لا يملكها تنجيزا او تعليقاً **قوله** فتصح اضافته الى حال سقوطه كما اذا قال اذا عتقت فثلث مالي لفلان **قوله** رد الها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف اي من ابي حنيفة رح لا يعتق وعندهما يعتق **قوله** وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية وفي الجامع الصغير النمر تاشي اوصى لرجل بما في بطن امته او ابنته صح اذا ولدته لاقل من ستة اشهر اعلمنا بوجوده عند موت الموصي ثم قال الوصية بما في البطن جائزة اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من موت الموصي لعلمنا بوجوده وقتئذ والطحاوي يعتبر المدة من وقت الوصية في الوصية للحمل وبالحمل فان ولدت لاكثر من ستة اشهر فلا وصية له الا اذا كانت الام معتدة فله الوصية اذا ولدت الى سنتين للحكم بوجوده بثبات نسبه وصاحب الهداية اختار قول الطحاوي حيث قال اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من اهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لما بينا فلشبهها بالهبة اذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول ولشبهها بالارث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملاً بالشبهين (قوله)

(كتاب الوصايا ... باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه) ١٣٣٧

قال ومن اوصى بجارية الاحملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا اقرء الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه وهذا هو الاصل ان ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع *

قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع *

قال واذا اصرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطأت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عدنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلبثه بالسمن والدار يبنى فيها الموصي والقطن يحشوه والبطانة يطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيب الدار الموصي بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف ارجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصي به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصي بها رجوع لانه للتصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصي به لا يكون رجوع لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة

قوله اذ لا فرق بينهما اذ يعتمد كل واحد منهما على ان يكون المحل معلوما فكما لا يصح ايراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه وهذا لان الاستثناء هو المنع فما يصح اثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه والاستثناء ههنا موجود لان باب الوصية اوسع فالحمل وان كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لنوسع باب الوصية كما يجعل المعدوم فيه موجودا لهذا المعنى **قوله** واذا اصرح بالرجوع (او)

فكان تقريراً *

او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً ما الصريح فمثل قوله رجعت عما وصيت به
لفلان او نحوه وفي الذخيرة والرجوع قد ثبت صريحاً وقد ثبت دلالة وقد ثبت ضرورة
والرجوع دلالة انواع احدها استهلاك الموصي به حقيقة او حكماً حتى ان من اوصى
لا انسان بثوب فقطعه وخاطه قميصاً او اوصى بتطن فغزله ونسجه او اوصى بحديدة فالتخذ منها
سيفا فهذه التصرفات دلالة الرجوع لانها استهلاك العين حكماً الا ترى انه ينقطع ملك
المغصوب منه بهذه التصرفات ونوع من ذلك ان يخطا الموصي به بغيره خطأ لا يمكن
التدبيراً صلاً كما اذا كان الموصي به سويقاً فله بسم ونوع من ذلك ان يحدث نقصاناً
في الموصي به حتى خرج الموصي به عن هيئته الا ذخار والبقاء الى يوم الموت كما اذا اوصى
بشاة لانسان ثم ذبحها فهذا رجوع عن الوصية واما الرجوع ضرورة ان يتغير الموصي به ويتغير
اسمه لان الموصي له انما يستحق الموصي به بعد موت الموصي بذلك الايجاب وبذلك الاسم فاذا
تغير الموصي به وتغير الاسم لو استحق الموصي له لا يكون الاستحقاق بذلك الاسم بيان هذا اذا
اوصى بحنطة لانسان فهبت الريح بالحنطة والقثها في الطاحونة قبل موت الموصي حتى صارت
دقيقاً بطلت الوصية كذا اذا اوصى بالكفري في نخلة فصار رطباً قبل موت الموصي او اوصى بعنب
في كرمه فصار زبيباً قبل موت الموصي او اوصى ببيضة فحضنت دجاجة على البيضة حتى
اخرجت فراخاً قبل موت الموصي بطلت الوصية وان كان التغير في هذه المسائل بعد موت
الموصي قبل قبول الوصية او بعدة لا تبطل الوصية لان التغير حصل بعد تمام الوصية وعملها لان
تمام الوصية بالموت فلا يوجب بطلانها ولو اوصى برطب فصار تمر قبل موت الموصي لا يبطل
الوصية استحساناً بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيباً والفرق ان الرطب مع التمر جنس
واحد ولهذا جاز استيفاء احدهما مكان الآخر في السلم ولهذا جاز بيع الرطب بالتمر مثلاً عند
ابي حنيفة رح فلم يتغير الموصي به واما في فصل العنب الموصي به قد تغير وكذلك الاسم *

قوله فكان تقريراً اي تقريراً للوصية ليصل الموصي به الى الموصي له على الطف حال (قوله)

(كتاب الوصايا ٠٠ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه) ١٤٣٩

قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفى في الحال والجحد نفى في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحد نفى في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فاذا كان ثابتا في الحال كان الجحد لغوا وان الرجوع اثبات في الماضي ونفى في الحال والجحد نفى في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحد النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه اذا هب المتلاشي ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا

قوله ومن جحد الوصية ام يكن رجوعا كذا ذكر في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قبل ما ذكره في الجامع الكبير محمول على ان الجحد كان عند غيبة الموصي له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وما ذكر في المبسوط محمول على ان الجحد كان عند حضرة الموصي له وعند حضرة يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف رح وهو الاصح لا يبي يوسف رح ان الرجوع نفى الوصية في الحال والجحد نفى في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا لا ترى ان جحد التوكيل عزل وجحد المتبايعين اقالة ولمحمد رح ان الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحد الشيء يقتضي سبق عدمه اذ الجحد نفى اصل العقد فلو كان الجحد رجوعا لا يقتضي وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال او يقال العدم في السابق من لوازم الجحد والوجود في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللزمين يستلزم تنافي الملزومين والا يلزم احد المحالين وهو الجمع بين اللزمين المتنافيين او وجود الملزوم بدون اللازم فكان بين الرجوع والجحد منافاة ضرورة كونهما ملزومين فلا يكون الجحد رجوعا لان احد المتنافيين لا يكون مستلزما للآخر ولهذا لا يكون جحد النكاح فرقة **قوله** واذا كان ثابتا في الحال كان الجحد لغوا وذلك لان الجحد لما كان نفيا في الماضي (و)

لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا وصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما يميزا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان الفلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حاله لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها الثاني ولم يتحقق فبقي الاول ولو كان فلان حين قال ذاك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

ومن اوصى لرجل بثلاث ماله ولا خير بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثالث بينهما لانه يضيق الثالث عن حقهما اذ لا تزداد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلاث ولا خير بالسدس فالثالث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثالث عن حقيهما فيقسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصارت لثلاثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثروا ان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولا خير بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثالث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصي له بما زاد على الثلث

والاكثر سهمين

والانتفاء في الحال ضروري فيكون النفي في الماضي متضمنا للانتفاء في الحال فمهما كان كاذبا في النفي لم يثبت المتضمن واذا لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتا في الحال *

قوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة وهذا لان هذا اللفظ يقطع شركة الاول عن الثاني بخلاف ما لو اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان هذا اللفظ لا يقتضي قطع الشركة ولهذا الوجه بينهما بان قال هو لفلان ولفلان لا يقطع شركة الاول **قوله** وقد ذكرنا حكمه وهو ان الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤوا ردوا **قوله** فهي الورثة اي اورثة الموصي لا لفلان ولا لورثته واهله *

باب الوصية بثلاث المال

قوله ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصي له بما زاد على الثلث قالوا ضرب في ماله (سهما)

الافى المحاباة والسعاية والدرهم المرسله لهما في الخلافة ان الموصي قصد شيئين
 الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما
 في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة
 اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل بطلانه

سهماي جعل وعلى هذا في المختصر ابو حنيفة ر ح لا يضرب الموصي له فيما زاد على الثلث
 على حذف المفعول كانه قبل لا يجعل له شيئا فيه ولا يعطيه كذا في المغرب *

قوله الافى المحاباة وصورتهما ان يكون له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة
 ووصي بان يباع واحد منهما للفنان بمائة والآخر لفنان آخر بمائة فهما قد حصلت المحاباة
 لاحدهما بالف وللآخر بخمس مائة وذلك كله وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له مال
 غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصي له
 بالاف بحسب وصيته وهي الف والموصي له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا
 كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة ر ح وجب ان لا يضرب الموصي له بالالف بجميع الف لانها
 يزيد على ثلث المال وصورة السعاية ان يوصي بعنق عبدين وقيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان
 والامال له غيرهما ان اجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله
 الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث
 للذي قيمته الف ويسعى في الباقي **قوله** والدرهم المرسله اي المطلقة وهي ما كانت وصية
 بشيء بغير عينه ولم ينسب الى جزء من المال وهي ان يوصي لرجل بالف وللآخر بالفين وثلث
 ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلا تاكل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان
 الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما
 اذا اوصى له بثلث ماله والآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله
 لوكثر اخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية لا يخرج من الثلث كذا في شرح الطحاوي (قوا)

كما لمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسله او هلك التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة *

قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر ربح تجوز في الاول ايضا فنظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا *

قوله كما لمحاباة الثابتة في ضمن البيع اي يبطل المحاباة يبطلان البيع ويصح بصحته **قوله** بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة اي حق الموصى له تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وحق الورثة متعلق بعين التركة ايضا فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لا استحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسله لان الوصية فيها لا يتعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قوله** واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وكذا لو اوصى بنصيب ابنته هذا اذا كان الابن او الابنة موجودا اما اذا لم يكن فالوصية جائزة **قوله** فنظر الى الحال اي فنظر زفر ربح الى الحال اي الى ان الكل ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير **قوله** جوابه ما قلنا اي انه وصية بمال الغير *

(قوله)

قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال له مثل نصيب احد الورثة ولا يزداد على الثلث لان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض عنه وقد رفعه الي النبي عم فيسا يروي ولانه يذكر ويراد به السدس فان ايا سا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة

قوله ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح فهذه الرواية يفيد انه لا ينقص عن السدس ولا يزداد عليه وفي المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله مثل اخس سهام ورثته الا ان يكون اخس سهام الورثة اكثر من السدس فلا يزداد عليه في قول ابي حنيفة رح وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس وام يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس وام يجوز النقصان عن السدس ورواية الهداية يخالفهما حيث لم يجوز الزيادة ولا النقصان وقيل عن هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين ابن المصنف قوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس وقال له مثل نصيب احد الورثة اي له اقل الانصاء لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس يزداد عندهما ولكن لا يزداد على الثلث صورة هذه المسئلة اذا وصت المرأة بسهم من ماله اتم مانت وترك زوجا وبتا يعطى له السدس في قول ابي حنيفة وعند هدا يعطى له الربع **قوله** هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الي النبي عليه السلام روي ان ابن مسعود رض سئل عن اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وروي ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله عليه السلام في ذلك بالسدس **قوله** فان ايا سا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس وهو ياس بن معاوية القاضي بالبصرة (قوله)

فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزاء *

قال ولو وصي بجزء من ماله قبل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير

غير ان الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان *

قال ومن قال سدس مالي اعلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي

واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال

في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكره مرارا

بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة *

قال ومن ارصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث

ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر ربح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم

والمال المشترك يتولى ما تولى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها واصله اركما اذا كانت الشركة

اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احد هم في الواحد ولهذا يجري

فيه الجبر على الفسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعها في الواحد الباقي وصارت الدراهم

كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا نقد بما *

قوله فيعطى ما ذكرنا اي الاقل من سهام الورثة ومن السدس للثيقن به او الاكثر منهما

كيلا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين ورواية هذا الكتاب الا ان ينقص

من السدس فينم له السدس ولا يزداد عليه لايوافقها قوله فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير

قوله المعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة اي الاعم الاغلب

اما اذا دل الدليل على انه اريد بالثاني غير الاول لم يكن عينه اذ كما في قوله تعالى انا انزلنا اليك

الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب **قوله** وصارت الدراهم كالدرهم يعني لو وصي

بالدرهم الواحد وله ثلاثة دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقي ان خرج من ثلث ما بقي من ماله

بالاتفاق وكذا الوصية بالدراهم وانما يصرف الهلاك او الاستحقاق على الشركة ويجعل الباقي

على الشركة لو استوى الحقان ولم يكن احدهما مرتبا على الآخر وههنا لم يكن مساويا لان حق (ا)

قال ولو اوصى بثلاث ثياب فهلك ثلثها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقهاء المذكورين

قال ومن اوصى لرجل بالالف درهم وله مال عشرين دين فان خرج الف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير تجسس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفى الف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين تبخيس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه *

الموصى له مقدم على حق الورثة فيصرف الهلاك الى المؤخر تقديما للمقدم بخلاف الاجناس المختلفة حيث لا يمكن جمع نصيب الحق المؤخر في الهلاك فلهذا لا يجري فيه الجبر على القسمة لان معنى المعاوضة فيه راجع ومبنى المعاوضة على التراضي دون الجبر فلهذا هلك ما هلك على الشركة وبقي ما بقي عليها *

قوله وبدون ذلك يتعذر الجمع يعني الجمع اما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدونه بل يتعذر ولا قضاء فيما نحن فيه فلم يتحقق الجمع اجماعا ولكن الاول اشبه للفقهاء المذكورين وهو ما سبق انه متى امكن الجمع جبرا امكن جمعه تقديما لا ترى انه امكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا اوصى بثلاث الغنم وثلث الدراهم فكان الاول اصح **قوله** ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال اي الدين ليس بمال في الحال انما يصير مالا في المال عند الاستيفاء والعين مال مطلقا في جميع الاحوال * (قوله)

قال ومن اوصى لزید وعمر وبثلاث ماله فان اعمرو ميت فالثالث كله لزید لان الميت ليس باهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزید وجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمر و فلم يرز للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زید وعمر وزید ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لزید وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث

قال ومن اوصى بثلاث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يبق له وصى له بثلاث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطله لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفادته ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافته الى المال علمنا ان مرادة الوصية بمالية الشاة اذ مالبتهما توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يصفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة وعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مرادة المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطله لانه لما اضافته الى الغنم علمنا ان مرادة عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال

قوله ومن اوصى لزید وعمر وبثلاث ماله فان اعمرو ميت اي وقت الوصية فالثالث كله لزید اما اذا كان حياتهم مات فلزید نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الموصي ان مات عمر وقبل الموصي وان مات بعده فنصيبه من الثلث لورثته **قوله** لان الوصية عنده صحيحة اي عند الموصي (قوله)

وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلاث ماله لامهات اولاده
ومن ثلث والفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن
ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين
جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان

قوله وعلى هذا يخرج الكثير من المسائل منها ما ذكر في المبسوط لو قال بقفيز حنطة من مالي او ثوب
من مالي فانه يصح الاجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من
ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصي له **قوله** واصله ان الوصية
لامهات الاولاد جائزة وفي الذخيرة انا اوصى لام ولدة بثلاث ماله في صحته او في مرضه ثم مات
فانه يصح الوصية لهما من الثلث وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لام الولدان الوصية
تمليك مضاف الى ما بعد الموت وبعد موت مولاه حال حلول العتق بها والعتق يحلها وهي امة
فتستحق الوصية وهي امة ايضا فيكون وصية للامة وهي باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة
الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حال الموصي انه يقصد
بالايعاء وصية صحيحة لا باطلة والوصية انما يصح ان لو كانت مضافة الى ما بعد عتقها وكذا
المدبرة الا انه ينظر ان خرجت الوصية ورقتها من الثلث كان لها ذلك والا يصرف الوصية
الى الرقبة فان فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث والوصية لعبده بعين لم تجز لانه وصية
لمولاه وهو وارث وبثلاث ماله يصح ويكون وصية بالعتق **قوله** لمحمد رح ان المذكور
لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان قيد بقوله في الميراث احتراز عن فصل الذكوة
فان لفظ الجمع هنا ينصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع
في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معنى الميراث من حيث ان كلا منهما تمليك
المال بعد الموت فكان الجمع مصروفا هناك ايضا الى الاثنين فان قيل الجمع المحل
بالالف واللام يبطل فيه معنى الجمع ويصير للجنس قيل له تخلف الحكم عن (ذلك)

نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الا ولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة
ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
لا سيما عند تصرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلث
قال ولو وصى بثلاثة افعلان وللمساكين فنصفه لافلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد بن ح
ثلاثة لافلان وثلاثة للمساكين واوصى للمساكين لدصرفه الى مسكين واحد عندهما وعندده لا يصرف
الا الى مسكينين بناء على ما بيناه **قال** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولا خبر بمائة ثم قال لا خير
قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بمائة لانه لا اتحاد
المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة ولا خبر بمائة بن
ثم كان الاشراك (حيث كان له نصف ما اوصى لكل واحد منهما) لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين
الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد بتصنيف نصيبه عملا بالنظر بقدر الامكان *

ذلك الاصل هنا لمعنى آخر وهو ان الوصية اخذ الميراث واقل الجمع في باب الارث
اننا فكذا في اخته فان قيل انما يتأني هذا الجواب ان لو بقي جمعا قيل له انما تبطل الجمعية
ليلا يلزم التنكير والتكارة والجهالة في الوصية متحملة ولهذا الوصى بذهرة بستانه ولا ثمرة
له او بثلاث ماله ولا مال له ثم استفاد ما لا صحت الوصية مع الجهالة في اصله وقدره *

قوله نجد ذلك في القرآن قال الله تعالى **وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ** والمراد من الاخوة اثنان
فصاعدا **قوله** ثم كان الاشراك اي قال للثالث اشركتك معهما فيما اوصيت لهما كان به
النصف من كل واحد منهما جميعا لتفاوت المالين وان اوصى لاحدهما بجارية
ولا خير بجارية اخرى وقيمتها سواء ثم قال لا خير قد اشركتك معهما فله الثلث من كل
واحد منهما عند ابي يوسف ومحمد بن ح وعند ابي حنيفة رح له من كل واحد نصفها لانه
لا يرى قسمة الرقيق فصارت بمنزلة وصيتين مختلفتين وابو يوسف ومحمد بن ح يجوز ان
قسمة الرقيق فصار كأنه اوصى بالالف لهذا وبالالف لهذا ثم اشرك ثالثا معهما * (قوله)

قال ومن قال لفلان علي دين فصدق قوة معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدق قوة صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر ووجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقدارة سعيه في تفريغ ذمته فنجعلها وصية جعل التقدير فيها الى المرصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة

قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احدا الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الدخضا ما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدق قوة فيما شئتم ويقال للورثة صدق قوة فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشي ظهر ان في التركة ديننا شائعا في النصيبين فيؤخذ اوصحاب الثلث بثلاث ما اقر واو الورثة بثلاثي ما اقر وتنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليقين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحاف على ما جرى بينه وبين غيره *

قوله ديننا شائعا في النصيبين وهذا لانه دين في حق المستحق فكان شائعا في النصيبين باعتبار ووصية في حق التنفيذ لانا صححناه بجعل ذلك منه وصية وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث التركة فيؤخذ اوصحاب الثلث بثلاث ما اقر والان ثلث التركة في ايديهم والورثة بثلاثي ما اقر والكون الثلثين في ايديهم تنفيذا لاقرار كل فريق في حقه فان اقر المريض مع ذلك بدين مسمى فالمسمى اولى لانه اثبت الاقرار ولو قال ما ادعى فلان من مالي فهو صادق قال ابو الليث رح لا رواية وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان سبق منه دعوى في شيء معلوم فهو (له)

قال ومن اوصى لاجنبي لوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث
 لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصيح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى
 لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزا حما فيكون الكل للحي والوارث
 من اهلها وهذا تصح باجازه الورثة فانترقا وعلى هذا اذا اوصى للقائل وللاجنبي وهذا بخلاف
 ما اذا اقر بين اودين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف
 والشركة تثبت حكمه فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اضر
 بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به
 ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث
 ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون
 معيدا وفي الانشاء حصة احد هدا ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا *

له والا فلا شيء وفي الآلي لو قال كل من يدعى شيئا فاعطوه فهو باطل الا ان يقول ان رأي الوصي
 ان يعطيه فاعطوه فحينئذ يعطي من الثلث وفي النوازل لو قال ان ادعى علي احده ابين الف الى
 خمسائة فاعطوه ان لم يقيدا لاعطاء برأي الوصي او برأي رجل معلوم فالوصية باطلة *

قوله وهذا بخلاف ما اذا اقر بين اودين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي
 اي الايصاء لوارثه والاجنبي يخالف الاقرار لهما هذا اذا تصادقا ما اذا انكر الاجنبي شركة
 الوارث او الوارث انكر شركة الاجنبي فالقرار باطل ايضا وقال محمد ر ح يصح في حصة
 الاجنبي لان الوارث مقرب بطلان حقه بطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت
 في نصيب الاخر ولهما ان حق الوارث لم يفر من حق الاجنبي وانما اوجبه مشتركا
 بينهما فلا يمكن اثباته بدون هذا الوصف **قوله** وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة
 عن حصة الآخر بقاء اي في حق الاجنبي وبطلانا اي في حق الوارث وهذا لان
 الوصية انشاء تصرف اي اثبات امر لم يكن والشركة تثبت حكمه وحكم الشيء (هو)

قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فصاع ثوب ولا يدري ايها هو الورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحد هم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل *

قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحد فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لاحق له في الردي يبين لانه امان يكون وسطا ورديا ولاحق له فيهما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقي يبين لانه امان يكون جيدا او وسطا ولاحق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة *

قال واذا كانت الدارين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصي له عند ابي حنيفة وابي يوسف ورح وعند محمد رح نصفه للموصي له

هو الاثر الثابت به فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه ولم يصح تصرفه في حق الورثة فلم توجد علة ثبوت الشركة فاذا لم تثبت الشركة صح تصرفه في حق من يستحقه وهو الاجنبي وبطل في حق الوارث *

قوله ومعنى جحد هم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يريد بهذا ان الورثة يجحدون بقاء حق واحد منهم بعينه ويقولون حق واحد منكم بطل ولا يدري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا فالوصية باطلة لانه اذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه لا فائدة في بقائها فبطل كذا ذكره الصدر والشهيد **قوله** وكان المستحق مجهولا كما اذا اوصى لاحد هذين الرجلين فان الوصية باطلة لما قلنا ان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو تمام غرض الموصي (قوله)

وإن وقع في نصيب الآخر للموصي له مثل نزع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَح
وقال محمد رَح مثل نزع نصف البيت لأنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها
مشتركة فنفذ الأول وتوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ
الوصية السالفة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي
تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل نزع نصف
البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية
في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالأقدام
على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن
الظاهر أنه يقصد الإبقاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع
قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة
تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلًا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الإفراز يصير
كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذراعان جميعه مما
وقع في نصيبه أما لأنه عرضه كما ذكرناه أولًا من مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلًا
لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعًا بين الجهتين التقدير والتملك
وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أولًا لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتملك
بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بآول ولد تلده أمته فالمراد
في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصي له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة
منها للورثة وسهم للموصي له وهذا عند محمد رَح فيضرب الموصي له بخمسة أذرع نصف
البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة منها سهمًا فيصير
عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهمًا لأن الموصي له يضرب بعشرة وهم بخمسة وأربعين
قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع قيد بقوله في هذه القسمة لأن الدار جنس واحد (فيكون)

قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له لان الام دخلت في الوصية اصالته والولد تبعه حين كان متصلا بالام فاذا اولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بهاد يونه دخل في الوصية فيكونان للموصي له وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رح وقال ابي حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغيرين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامه تساري ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية رجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصي له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالا انفصال كما في البيع والعق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزا حم الا صل فلونفذ الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في اتبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يله بعض الثمن

الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين فلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصي له في خمسة تمسكا بذهب محمد رح ورعم الموصي له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار لكل احد عشر *

قوله ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي اي قبل القبول وقبل القسمة

قوله كما في البيع والعق يعني فتسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى

البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا اعتق جارية حاملا عتق ولدها تبعا فاذا اولدت

يبقى الولد كذلك صتيقا ونقول اذا اوصى بعرق جارية فولدت قبل القسمة

فان العرق ينفذ فيهما وان لم يخرج من الثلث يوزع بينهما **قوله** وله ان الام اصل

اي اصل في الوصية لان الايجاب تناولها قصدا والولد تبع في الايصاء * (قوله)

ضرورة مقابله بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا اولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو الموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة والله اعلم بالصواب *

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشئ او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني مؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث

قوله ضرورة مقابله بالولد اذا اتصل به القبض قيد باتصال القبض بالولد للمقابلة لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل والا فلا **قوله** هذا اذا اولدت قبل القسمة اي قبل القبول ايضا فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو الموصى له لان التركة بالقسمة خرجت من حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدر وي انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشأ نخنار حمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا والله اعلم بالصواب *

فصل في اعتبار حالة الوصية

قوله لان الاقرار ملزم بنفسه اي لا يتوقف على غيره حتى ترتبت عليه الاحكام من صحة اعناق المقر له واقراره لغيره وغير ذلك من الاحكام * (قوله)

(كتاب الوصايا ٠٠ باب الوصية بثلاث المال ٠٠ فصل في اعتبار حالة الوصية)

والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثالث *
قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او وصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عندة او بعدة والافرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الافرار فيعتبر في ايراث نهمته الا يثار بخلاف ما تقدم لان سبب الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الافرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الافرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الافرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقر له وهو ابنه والوصية باطله لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تسليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح *

قوله والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت فان قيل يشكل بما اذا وهب المريض في مرض موته جارته لرجل فانه يحل للموهوب له وطبها ولا يحل للموصي له ذلك قلنا حل الوطى مبني على الملك والملك يثبت للموهوب له بالقبض ولكن على عرضة الانتقاض لظهور الدين عند الموت وذلك لا يمنع حل الوطى كما في الاستحقاق والرد بالعيب قلنا حل الوطى بناء على ثبوت الملك اعتبارا بجهة التجيز وقلنا يبطلانه بالدين اعتبارا بجهة الاضافة وانما تجعل الهبة بمنزلة الوصية اذا كان الموهوب له قد قبضه فاما اذا كان قبل القبض فانها تبطل **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتباً فاعتق اي يبطل الافرار والوصية والهبة كما لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب *
 (قوله)

قال والمقعد والمفلوج والامثل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقدم العهد صار طبعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ووصار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم *

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحائراً او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الا اعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتداء المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما ارجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتباراً بحال الاضافة دون حال العقد

قوله اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه لانفس الخوف **قوله** لانه اذا تقدم العهد صار طبعاً من طباعه لان المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سبباً للموت غالباً وانما يكون كذلك اذا كان بحال يزداد حالاً فحالا الى ان يكون آخرة الموت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سبباً للموت كالعوى ونحوه وانما يكون في حكم المرض في اول ما اصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب الدق والسل قبل ان يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض لان الانسان قل ما يخلو عن قليل مرض فمادام يخرج في حوائجه بنفسه ولم يصير صاحب فراش لا يعد مريضاً عند الناس كذا ذكره الامام قاضي خان والله اعلم *

باب العتق في مرض الموت

قوله كالضمان والكفالة والضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة (كما)

وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله **قال** وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالوا العتق اولى في المستأنين والا صل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جا وزا للثلث فكل من اصحابها يضرب بجمع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقف في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتيدير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بل حقه الفسخ وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافة ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة بلحقة

كما اذا قال لاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك خمسمائة من النمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري *

قوله وما نفذه من التصرف كالا عتاق والهبة **قوله** الا العتق الموقف في المرض اي العتق المنفذ **قوله** والعتق المعلق بموت الموصي كالتيدير الصحيح احتراز عما لو قال هو حر بعد موتي بيوم او قال اعتقوه بعد موتي فليس هذا هو العتق الذي يبتدأ به والحرف فيه ان ما يكون منفذ اعقب الموت من غير حاجة الى التعيذ فهو في المعنى اسبق مما يحتاج الى التنفيذ والترحيم يقع بالسبق توضيحه ان العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظهر بجنس حقه وهنا بنفس الموت يصير مستوفيا حقه والدين مقدم فكذا ما في معناه وفيما قوله كالتيدير الصحيح احتراز عن التدير (المعتل)

ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاصناف تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولاد فع الاضعف واذا وجد العتق اولاد وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاومة وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الا خيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منه ادرهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال يعتق عنه بما بقي ^{لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق المعتل مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او من سفري هذا او من مرض كذا والتعليل بقوله لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ يعني العتق الموقوف والتدبير الصحيح لا يلحقه الفسخ وكذا المحاباة في البيع لانها في ضمن البيع فيلزمه بلزومه بخلاف التدبير المقيد فانه يلحقه الفسخ من جهة الموصي بالبيع وهذا خلاف الرواية وفي المبسوط ولو قال ان حدث لي حدث من مرضي هذا فهو حرفا نه بيد ابيه قبل سائر الوصايا *}

قوله ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت لان ازمان التقرر بعد الموت والكل يتقرر معا **قوله** وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم (الثلث)

وهذا شبه **قال** ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد استقطوه **قال** ومن اوصى بعتق عبده تم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصي له لانه يتلقى المالك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به من ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته *

الثالث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما بين العتق فان قيل ينبغي ان يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عند لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى راجحة على العتق والمساوي للمرجوع مرحوح وكذا في المسئلة الثانية ينبغي ان لا يشارك العتق الثاني الاول عند لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجع فلا لا يرجع العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير *

قوله وهذا شبه اي بالصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عندة فيختلف المستحق اذا هلك شيء منه **قوله** لانه يتلقى المالك من جهته اي الموصي له يتلقى المالك من جهة الموصي فيكون ولي الجناية مقدما عليه ايضا **قوله** الا ان ملكه اي ملك الموصي فيه باق لحاجته حتى لو كان العبد ذارحم محرم من الورثة لا يعتق لما بينا ان ملك الميت باق لحاجته وهذا لان ملك الورثة ملك خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الاصل مند وهذا جواب اشكال وهو ان يقال لما كان حق ولي الجناية مقدما على حق الموصي والموصي له ينبغي ان تبطل الوصية قبل الدفع والجواب عنه ان ملك الموصي فيه باق ما لم يدفع به وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصي فاذا دفع زال ملكه فيبطل الوصية * (قوله)

فان فداء الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموا وجازت الوصية لان العبد طهر عن
 الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلاث ماله لا خرافا للموصي له والوارث
 ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصي له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فاقول
 قول الوارث ولا شيء للموصي له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان
 الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا
 ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاة العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم
 على الوصية بثلاث المال فكان منكره والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحادث
 يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهد للوارث فيكون القول قوله مع اليمين
قال الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق
 في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه *

قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي علي ابيك
 الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة ر ح وقال لا يعتق ولا يسعى
 في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بنصديق الوارث في كلام واحد فصار كأنهما
 كاذبان معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى
 لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والا قوى يدفع الادنى
 فقضيته ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان في دفع من حيث
 المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة
قوله وان فداء الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متطوعين **قوله** وهو خصم في اقامتها جواب
 من اشكال علي قول ابي حنيفة ر ح فان العتق عنده حق العبد فلا بد من الخصومة والدعوى
 حتى يقبل البينة ولم يوجد الدعوى من العبد فينبغي ان لا يقبل البينة على العتق **اجواب**
 عنه ان البينة انما وجدت من الخصم فان الموصي له بهذه البينة يثبت ان نفسه حقا فيكون خصما
 والبينة من الخصم مقبولة **قوله** والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على (المعتق)

(كتاب الوصايا ٠٠٠ باب العتق في مرض الموت ٠٠٠ فصل)

ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض ^{مجاناً} فتجب السهولة وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء *

فصل

قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي واخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدى بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدىء بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدىء بالزكاة ويتقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاول انهما وان استوبا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفوس والزكاة بالمال فصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمازيتهما على القوة ^{بمازيتهما على القوة} المعتقد دين لان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسمع العبد له في شيء فلهذا مثله وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الاخرين لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وهما لما حصل لهما بتصديق واحد يجعل كان الامرين كائنا وثبتا بالبينه فيثبتان معا لذلك *

قوله ولا يمكن اسناد العتق وهذا لان العتق لم يظهر الاومعه الدين وانه يمنع ظهور العتق مجاناً في المرض واسناد العتق الى حالة الصحة يكون بعد ثبوتة فصار الدين مانعا اسناد العتق الى الصحة فبقي العتق مقصورا **قوله** وعلى هذا الخلاف وفي شرح الجامع الصغير وشرح المنظومة الخلاف على عكس هذا فعندهما الوديعة اقوى فعندهما سواء والله اعلم *

فصل

قوله ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها الوصايا ما لا يخلو (اما)

انه قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض *

اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا يخلوا ما ان يكون كله فرائض كالزكاة والصوم والحج والصلوات او كله واجبات كالكفارات والندور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالوصية بحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها فان جمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ما اوصى فانه ينفذ وصايا كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك فان اجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر ان كانت وصايا كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرائض فانه يبدأ بما بدأ به الميت وان كانت واجبات فانه يبدأ بما بدأ به ايضا وكذلك لو كانت كلها تطوعا فان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها تطوعا فانه يبدأ بالفرائض اولا وان اخرجها ثم بالواجبات ثم بالتطوع *

قوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد قال الله تعالى **وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ الْآيَةَ** وقال الله تعالى **وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ** مكان قوله ومن لم يحج وقال عليه السلام من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا وان شاء مات نصرانيا **قوله** والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وانما قيد بهذه الكفارات الثلث في التقديم على صدقة الفطر لما ان صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر لان كفارة الفطر ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر باخبار مستفيضة والاجماع **قوله** على هذا القياس تقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان صدقة الفطر مقدمة على الندور لان صدقة الفطر وجبت بايجاب الله تعالى فيقدم على الواجب بايجاب العبد والندور والكفارات كلها مقدمة على الاضحية لان الاضحية اختلفوا في وجوبها ولم يختلفوا في وجوب الندور والاضحية مقدمة على النوافل ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها لان كفارة القتل اقوى الا ترى ان الاسلام شرط في ذلك (ثم)

قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بيناه وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسه مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين

قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راجعا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعثر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راجعا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه

قال فان لم تبلغ الوصية العفة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناه فيه غير اننا حوزناه لاننا علم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو ولي من ابطالها رأسا *

ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لان كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت باجباب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اقوى *

قوله وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي بان اوصى بان يحج عنه تطوعا واوصى بان يعتق عنه نسمة تطوعا ولم يعينه او اوصى بان يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت وانما كان كذلك لان الموصي له في هذه الصورة واحد هو الله تعالى لان الوصية بالحج صحت وكذلك الوصية بعنق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى لا للعبد لان العبد اذا لم يكن بعينه كان مجهولا والوصية للمجهول لا تصح فثبت ان الموصي له واحد والمقصود واحد وهو التقرب الى الله تعالى **قوله** ما يبيح اشارة الى قوله لان الظاهر انه يبتدي بالاهم **قوله** وصار كما اذا صرح بذلك وهو ان يقول ابدأ وانما بدأت به هذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا راجع انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعنق سواء بدأ بالصدقة ام اخرها **قوله** قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فيجعل (كل)

وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل *

قال ومن خرج من بلدة حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلدة
عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال أبو يوسف ومحمد رح يحج عنه من حيث بلغ
استحساناً وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما أن السفرينية الحج
وقع قرينة وستط فرض قطع المسافة بقدرة وقد وقع أجره على الله فيبتدأ من ذلك
المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قرينة فيحج عنه من بلدة
وله أن أوصية تنصرف إلى الحج من بلدة على ما قررناه أداء للواجب على الوجه
الذي وجب والله أعلم بالصواب *

كل جهة من جهات القرية مفردة ولا يجعل جهة واحدة نحوان يقول ثلث مالي
في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن كل جهة من هذه غير الجهة
الأخرى والمقصود وإن كان متحداً وهو القرية ولكن تعتبر الجهة المسماة لأن الجهة هي المنصوص
عليها وهو كما إذا وصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم وإن كان المقصود
من الجميع القرية ثم ما أصاب الغرب يصرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه *

قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل والفرق وقع على قول أبي حنيفة رح
وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله ولله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها فمن
يشترى بأقل منه تنفذ لغير الموصى له إلى آخره **قوله** ومن خرج من بلدة حاجاً قيد بقوله
حاجاً لأنه لو خرج للتجارة فإنه يحج من بلدة بالاتفاق وإليه أشار بتوله بخلاف سفر التجارة
قوله على ما قررناه أراد به قوله قبل هذا ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من
بلده يحج رابلاً أن الواجب لله تعالى الحج من بلدة النخ والله أعلم * (باب)

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد إلا في المسجد وفسره بكل من يسمع النداء ولأن المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد ومآله الشافعي رحمه الله الجوار إلى أربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والأجنبي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي أن النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها أكرامالها وكانوا يسمون أصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة رحمه الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار ولومات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قوله وما يروى فيه ضعيف وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أشار إلى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف قلنا هذا خبر لا يعرف وقد طعن في رواية مع ذلك **قوله** ويدخل فيه العبد الساكن عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله لا طلاقه أي لا طلاق اسم الجار وعندهما لا يدخل وفي الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبد والاماء (و)

وان كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهر ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت *
قال ومن اوصى لاختائه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج
 لان الكل يسمى ختناً قبل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي
 فيه الحر والعبد والاقرّب والأبعد لان اللفظ يتناول الكل **قال** ومن اوصى لأقاربه فهي
 للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للثنتين فصاعداً
 وهذا عند أبي حنيفة رح وقال صاحب الوصية لكل من ينسب إلى أقصى اب له في الاسلام
 النهار

والمدبرون وامهات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى من غير ذكر خلاف
 والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لا تدخل لان سكناها غير
 مضاف اليها فلم تكن جارا حقيقة *

قوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها وان كانت ثرث منه بان كان الطلاق
 في حالة المرض كذا في المغني **قوله** ومن اوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي
 رحم محرم منه إلى آخره وحاصله ان عند أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة ستة اشياء
 أحدها ان يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم محرم من الموصي والثاني ان ذلك
 لا يتقاربت من قبل الاء والامهات والثالث يجب ان يكون ممن لا يرث والرابع
 ان يقدم الأقرب فالأقرب والخامس ان يكون المستحق به اثنتين فصاعداً والسادس
 ان لا يدخل فيه الوالد والولد ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية وروى
 الحسن عن أبي حنيفة وهلال عن أبي يوسف رح انه لا يدخل وقال صاحب الوصية
 لكل من نسب إلى أقصى اب له في الاسلام وفي المبسوط كان هذا في زمن محمد
 رحمه الله لان في زمنه ما كان في اقرباء الانسان الذين ينسبون إلى أقصى اب له كثرة
 واما في زماننا فثمة كثرة ولا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية إلى اولاد ابنة وجدته وجد ابنة
 واولاد امه وجدته وجدته امه لا يصرف إلى أكثر من ذلك * (قوله)

وهو أول اب اسلم أو أول اب أدرك الاسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه
المشائخ رح وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الاسلام ولم يسلم لهما
ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف
وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور
فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية ثلاث في ما مرطه في اقامة واجب الصلة
وهو يختص بذوي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسدون اقرباء ومن
سمى والدة قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب اليه غيره
بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه
فعنده رح يقيد بما ذكرنا وعندهما بقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب الأدنى *
قال واذا وصي لا قاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبار الأقرب كما في الارث
وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الأقرب ولو ترك عبدا وخالين فللعمة نصف الوصية ونصف
للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما
اذا وصي اذني قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الأقرب

قوله وهو أول اب اسلم أو أول اب أدرك الاسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف
فيه المشائخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الاسلام ولم يسلم وهو
ما اذا كان الموصي علويا فعلى القول الاول اقصى اب اسلم علي رضي الله عنه فلا يدخل
في الوصية اولاد عقيل وجعفر رح وعلى القول الثاني اقصى اب أدرك الاسلام ابوطالب
فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام
قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ جواب اشكال على قولهما وهو ان يقال انهم تساووا في سبب الاستحقاق
وهو اسم القرابة فوجب التساوي في الاستحقاق اصله اذا وصي لبني فلان فاجاب انه
لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند أبي حنيفة رح يقيد بالأقرب (فا)

ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عمًا وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لا ستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وإن لم تكن ^{بهي} وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف * **قال** ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة رح وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبار العرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى **وَأُتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ** وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى **وَسَارَ بِأَهْلِهِ** ومنه قولهم تأهل ببادئة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة *

قال ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوة وجدة لأن الأب أصل البيت ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عن ينسب إليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرا. بته حيث يكون من جانب الأم والأب

فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه وعندهما بأقصى الأب في الإسلام وعند الشافعي رح بالأب الأدنى أي يدخل من قرابة الموصي من قبل أبيه وأمه من يجمعه إلى الأدنى أب منسوب إليه ولا يدخل ما وراء الأدنى من قرابته عنده *

قوله ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمعية **قوله** لأنها مقيدة بهذا الوصف لأن غرضه الصلة لأقربائه وما كان بطريق الصلة يختص بذي الرحم المحرم كالنفقة **قوله** وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته ولكن لا يدخل تحت هذه الوصية مما يملكه وإن كان يضمهم بنفقته **قوله** لأن الإنسان يتجنس بأبيه لأن الجنس عبارة عن النسب والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه فإن سمعيل عليه السلام كان من هاجروا كان من جنس قوم أبيه وإبراهيم رضي الله عنه (ابن)

ولو وصى لـ أيتام بني فلان أو لعلمائهم أو لزمنائهم أو لأراملهم أن كانوا قوماً يحصون دخل
 في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم
 والوصية تملك وإن كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القرية
 وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حماه على الفقراء
 ابن رسول الله عليه السلام كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء من الأماء يصلحون
 للخلافة فعلمنا أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم كذا في المبسوط *

قوله ولو وصى لأيتام بني فلان فاليتيم اسم لصغير مات أبوه لقول النبي عليه السلام لا يتم بعد
 الحلم ولأن اليتيم عبارة عن الأفراد يقال ذرة يتيم أي لا نظير لها فهي منفردة فمن انفرد
 عن تربيته في حال حاجته إلى التربية كان يتيماً وبعد البلوغ فقد استغنى عن تربيته بقدرته على
 القيام بمصالح نفسه فلا يسمى يتيماً فإن قيل اليس أن الكفار كانوا يسمون رسول الله عليه السلام
 يتيم أبي طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى لبيه فأنهم كانوا يسمون اليتيم وليس بـ يتيم
 فلا يتناولهم بسهم كما كانوا يسمونه مذمماً فيسمون المذموم ولا يتناولونه لأنه كان محمداً عليه السلام
 ثم يدخل فيه الفقير والغني ههنا لتحقيق معنى اليتيم في الفريقين **قوله** أن كانوا قوماً يحصون
 وتفسيره عند أبي يوسف أن يحصوا بغير كتاب وقال محمد رَح إذا كانوا أكثر من مائة فهم
 لا يحصون وقال بعضهم مفوض إلى رأي القاضي وعابه الفتوى والأيسر ما قاله محمد رَح
 كذا في فتاوى قاضيخان **قوله** وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة أما اليتيم والعمى والزمانه
 فظاهر وكذا الأراصل لأنها جمع أرملة وهي المرأة التي مات زوجها أو فارقتها وهي فتيرة
 وفي المغرب أرمل افتقر من الرمل كادفع من الدفعا وهي التراب ثم قال وفي النهذيب
 يقال للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل أو امرأة أرمل ولا يقال لشيء من الأزواج لها وهي
 موسرة أرملة وقال الشعبي الأنوثى ليس بشرط بل يدخل فيه الذكر والأنثى إلا أن الصحيح ما فسر
 محمد رَح أن الأرملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارتقا ومات عنها دخل بها ولم يدخل
 وقوله حجة في اللغة وقال بعضهم أرملة التي لا زوج لها ولا يشترط أنه كان لها زوج (قوله)

بمخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون اولا يا مسمى بني فلان وهم لا يحصون حيث
تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما يبنى عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن
تصحيحه تمليكافي حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين
يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى
لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول
الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام
لحقيقته بمخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها
اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العنافة والمولات وحلفاءهم

قوله بمخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون في الصحاح الشبان جمع شاب
وكذلك الشبان وفي الايضاح قال ابو يوسف رح اذا اوصى لشبان اهل بيته او لكهولهم او لمشا ئخهم
فالشبان من خمسة عشر الى خمسين سنة الى ان يغلب عليه السخط والكهل من ثلثين سنة
الى آخر عمره والشيخ ما زاد على خمسين وجعل ابو يوسف رح الشيخ والكهل سواء فيما زاد
على خمسين وروي عن محمد رح انه قال الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى
من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى
ستين الى ان يغلب عليه الشيب يكون حينئذ شيخا والايم التي لازوج لها بكر كانت او ثيبا
ورجل ايم ايضا وقول امت ايمه والفقر فيه ليس بلازم فكذلك صار اسم الايامى بمنزلة اسم الشبان
في انه لا يبنى عن الحاجة فبطلت الوصية فيما اذا كانوا لا يحصون وفي الجامع الكبير والايم
اسم لكل امرأة جوهعت بنكاح جائز او فاسد او لعجوز لازوج لها غنية كانت او فقيرة صغيرة كانت
او بالغة هكذا فسر محمد رح وقيل ان الانوثة ليست بشرط والجماع ليس بشرط والصحيح
ما فسر محمد رح كما ذكرنا **قوله** ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول
ابي حنيفة رح اول قوله وانما يدخل الاناث تحت هذه الوصية فيما اذا اختلط الذكور
والاناث وما اذا انفرد الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق **قوله** بمخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة (١)

(كتاب الوصايا ٠٠٠ باب الوصية للأقارب وغيرهم)

ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ^{هنا} لأنه لما نص على لفظ الورثة أدن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه أن الوصية لهم جميعاً وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصلح حاله أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى

أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث هذا إذا كانوا يحصون أما إذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الكبير شمس الأئمة وإن كان في بني فلان مولى عتاقه وموالي أسلموا على أيديهم ووالوهم وفقراء موال وحليف لهم وعددهم يدخلون جميعاً في الوصية يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من قرائتهم والحليف اسم من يأتي قبيله فيحلف لهم فيحلفون له على التناصر والعديد من يعد نفسه منهم وهم وعدوا ذلك له من غير حلف وإنما دخل الكل لأن الإيجاب هنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الأسباب * **قوله** ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى سواء أي في القسمة والاستحقاق حتى لو كانوا ذكورا وإناثا يقسم بينهم بالسوية ولو كان الكل إناثا دخل تحت الوصية لأن الوصية حصلت باسم الولد واسم الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد كما يطلق على الذكور ثم في مسئلتنا أن لم يكن لفلان الأولاد واحد كان الثلث كله له بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان وله ولد واحد فإنه يستحق النصف ووجه الفرق بينهما أن الأولاد جمع وأقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان فكان للواحد النصف كما لو أوصى لأقربائه وله عم واحد كان له النصف وأما الولد فليس باسم جمع وإنما هو اسم جنس ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطلق عليه الاسم كما لو حلف لا يشرب الماء ولا يتزوج النساء حيث يحث بشرب فطرة وبكاح واحدة وإذا أوصى لأولاد فلان وليس لفلان أولاد صلبية يدخل في الوصية أولاد البنين وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان **قوله** ومن أوصى لورثة فلان (فالوصية)

فصار كالأخوة ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما مولى النعمة والآخر ممنوع عليه فصار
 مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان
 حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية
 من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبرة وامهات أولاده لأن عتق هؤلاء ثبت بعد الموت
 والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن أبي يوسف رح انهم يدخلون
 لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاة ان لم تضربك فانت حر لان العتق
 ثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالى مولات يدخل
 فيهما معتق وأولادهم دون موالى الموالاة وعن أبي يوسف رح انهم يدخلون أيضاً والكل
 شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام
 وفي الموالى عند الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له لاحق ولا يدخل فيهم موالى الموالى
 لأنهم موالى غير حقيقة بخلاف موالىه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه باعناق وجد منه وبخلاف
 ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند اعتبار الحقيقة
 ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز

فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين هذا إذا مات الموصى لورثة ثم مات الموصى أما
 لو مات الموصى قبل ان يموت الموصى لورثة فالوصية باطلة *

قوله فصار كالأخوة يعني إذا وصى لأخوة فلان فإنه يصح ويدخل فيه الأخ لأب وأم والأخ لأم والأخ
 لأب لأن الكل يسمى أخاً فلان فكذلك ينبغي ان يدخل ههنا المولى الأعلى والمولى الأسفل لأن كلا
 منهما يسمى مولى وهذا رواية عن أبي حنيفة رح **قوله** ولنا أن الجهة مختلفة لأن المولى الأعلى
 ممنوع والمولى الأسفل ممنوع عليه بخلاف الأخوة لأن اسم الأخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد
 وهو المنفرد من أصله فصار الاسم عاملاً مشتركاً **قوله** ويدخل في هذه الوصية أي في الوصية لمولى
قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أي موالى عتاقه ولا أولاد الموالى أي أولاد موالى عتاقه (قوله)

(كتاب الوضايا ٠٠٠ باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة)

ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه وابوه لانهم ليسوا بمواليه لاحقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم بالصواب *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبدة وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدان المنافع يصح تملكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات للحاجة كما في الاعيان ويكون محبوبا على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصي له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية

قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم هكذا وقع في النسخ والصواب اعتقهم ابوه وابنه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان التعليل الذي علل به انما يصح في الذين اعتقهم ابنه وابوه لا في موال اعتقهم الموصي لان اولئك مواليه حقيقة **قوله** بخلاف معتق البعض هكذا وقع في النسخ لكن ليس هو بصواب انما الصواب ان يقال بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء وانما معتق البعض فان عندابي حنيفة رح لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما لو نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره والله اعلم بالصواب *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قوله وتجوز الوصية بخدمة عبدة وسكنى داره سنين معلومة ويجوز ذلك ابدان هذا عندنا وعند ابن ابي ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت لان المنافع الحاصلة بعد موته ليس بمملوكة فلا يصح تملكها لغيره ولكن نقول المنافع يحتمل التملك ببدل كما في الاجارة وبغير بدل كما في الاعارة في حالة الحيوة فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان فان الاعيان يصح تملكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل كالبيع والهبة فكذا بعد الممات يصح (تمليكها)

فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة مريض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته لان حق الموصي له في الثلث لا تراحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصي له يوما لان حقه في الثلث وحققهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى نصرا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا لا انتفاع لانه تمكن القسمة بالاجزاء وهو عدل للتسوية بينهما زمانا وذاقا وفي المهايأة يقدم احدهما زمانا ولو قسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الا عدل اولى وايس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصي له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذلك حق المزارعة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه *

تمليكها يبدل بان اوصى بان يباع عبده او بغير بدل بان اوصى بعبده لفلان وهذا لان الموصي يبقى العين على ملكه حيث يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف *

قوله فانها تمليك على اصلنا اي العارية تمليك المنافع على اصلنا وعند الشافعي اباحة المنافع **قوله** بخلاف الميراث لانه خلافة فالارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لان الورثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا ينصور فيما يبقى بوقتين والمنفعة لا يبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة **قوله** والمعنى يشملهما وهي حاجة الموصي **قوله** وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصي له يوما اي ابد اذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقوفة واما اذا اوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة وليس له مال غير العبد ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصي له (يوما)

قال فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصي له
ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الى وارث الموصي له استحقها ابتداءً من ملك
الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت الوصية لان
ايجابها تعلق بالموت على بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبدة او دابة فاستخدمه بنفسه او سكنها
بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيدة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان
الغاة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيعاء المنافع وهما متغايران ومتعارتان في حق
الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم ادائه من الغاة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد
استيعائها بعينها وليس للموصي له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد والدار وقال الشافعي رحمه الله
ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تملكها من غيره ببدل وضرب دل لانها كالايمان عند

يومها والورثة يومين الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين تم وصية الموصي له بالخدمة وان كان
الوصية بخدمة سنة بعينها ومات قبل دخول تلك السنة ان كان العبد يخرج من ثلثه الى اول
يخرج ولكن اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصي له حتى يستوفي وصية وان كان لا يخرج
ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصي له يومها والورثة يومين حتى مضى السنة التي عليها
فاذا مضت يسلم العبد للورثة وفي الايضاح بنظر الى الاعيان التي اوصى بها فان كان رقابها
مقدار الثلث جاز ولا يعتبر قيمته الخدمة والتمرة والغلة والسكنى وانما اعتبر الاعيان دون المنافع لان
المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت وبقي العين على ملك
الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعة لها ولهذا يعتبر قيمة الرقبة كانت الوصية وتعت بالربة *

قوله عاد الى الورثة اي الموصي به على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية
في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند
الموت وفي اوائل كتاب الوصايا بقوله لان وان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به
قوله في تحصيل المقصود وهو الانتفاع بالعبد والدار *

(قوله)

بخلاف العارية لأنها اباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالأجرة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على أصلنا ولا يملك المستعير الأجرة لأنها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع المتبرع لا لغيرة والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هوني وضعه فغير لازم ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بمال أحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فأنما تنبت هذه الرأية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصي له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصي له وأهله في غير الكوفة فيخرجهم إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من التلث لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فإذا كان في مصره فمقصوده أن يملكه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر فإذا كان في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغله عبدة أو بغلة دارة يجوز أيضا لأنه بدل المنفعة بأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولولم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة

قوله بخلاف العارية لأنها اباحة على أصله ولهذا لا يملك المستعير الأجرة عبدة ولهذا لا يتعلق بالأجرة الزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها الزوم **قوله** وفي تمليكها بمال أحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة لأن الأجرة مال وقوبل بالمنافع فحدثت في المنافع صفة المالية تحقيقا للمساواة **قوله** فكان بالجواز أولى يعني أن الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية فلما جازت الوصية بها فلا يجوز الوصية بالغلة وهي عبارة عن مال عين وهو الدراهم بالطريق الأولى لأن الإيجاب يقتضي العينية * (قوله)

لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلواراد الموصي له قسمة الدارين وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف ر ح فانه يقول الموصي له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصي له إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبني على ثبوت الحق للموصي له فيما تلاقية القسمة إذ هو الطالب ولا حق له في عين الدار وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار *

قال ولو أوصى له بخدمة عبدة ولا خير برقبته وهو يخرج من الثالث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلزم يوصى في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصي له فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية اخت الميراث من حيث أن المالك يثبت فيها بعد الموت

قوله لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فإن هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء أصراً إلى قسمة الخدمة بطريق المهاداة **قوله** عطفاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد يعني أنه أوجب لكل واحد منهما الحق فيما أوصى بطريق العطف وأنه يحتمل الوصية بانفراداً والعطف لا يقتضي المشاركة فيما أوصى به لكل واحد منهما فتعتبر حالة العطف بحالة الانفراد ولو أفرق الوصية بالرقبة لأحدهما ولا خير بخدمته موصولاً أو مفصولاً لم يكن مشاركاً في العطف وذكر الأمام التستري رضي الله عنه في رجل أوصى لرجل بدار ولا خير بسكنائها فالسنة على صاحب السكنين لأن المنفعة تحصل له ونفقة العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لا خير أي صاحب الخدمة فإن مرض أن لم يستطع مع الخدمة فعلى الموصي له برقبته وإن استطاع فعلى صاحب الخدمة وهكذا في المرأة إذا مرضت أن لم يمكن إلا تنفع بها بوجه مالا نفقة لها وإلا فبها السنة وفي الميسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لأنه لا بد أن يكون من استخدمه (إذا)

ولها نظائر وهو ما اذا وصى باهة لرجل وبما في بطنها لا خروهي تخرج من الثلث او وصى لرجل بخاتم ولا خريفه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لعلان كان كما وصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ما اذا فصل احدا لا يجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة الموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مرادة من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بهادون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وفي بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي وجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية به للثاني رجوعا عن الاول كما اذا وصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمة الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص

اذا انفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذلك وهو احق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان ابن ان ينفق ردة على صاحبه فهذا كذاك ايضا وان كان اوصى بخدمة عبد صغير لانسان وورقته لا خروهي تخرج من الثلث فنفقة على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة *

قوله ولها نظائر اي من حيث ان الموصى له بالظرف لا يشارك للموصى له بالمظروف القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب **قوله** ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف اي للموصى له بالامة والخاتم والقوصرة في الولد والفص والتمر **قوله** وكذلك في اخواتها وهي الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر والدار مع البناء **قوله** بخلاف الخدمة مع الرقبة يعني (لواوصى)

ومن اوصى لآخر بثمره بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة
وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة
زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان
لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا
يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه ودائرة فاذ اطلقت تتناولهما عرفا غير
موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف
الى دليل زائد ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بابنها ثم مات فله ما
في بطونها من الولد وما في ضرر وعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم بموت
الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب هذا الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ

لو اوصى برقبة العبد لانسان وبخدمته لا خر كان كذا اوصى وان كان في كلام مفصول
ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء وانما كان هكذا لان اسم الرقبة لا يتناول
الخدمة بخلاف ما نحن فيه فان الخاتم يتناول الخدمة وانقص جميعا اسم التجارية يتناولها
وما في بطنها واسم القوصرة كذلك *

قوله ومن اوصى لآخر بثمره بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها قيد به وفيه ثمرة
لانه اذا لم يكن فيه ثمرة فله ثمرته فيما يستقبل ما عاش الموصى له كدستلة الغلة وذكر في الشافي
عند الاطلاق اذا لم يكن الثمرة موجودة وقت الموت فالقياس ان يبطل الوصية وفي الاستحسان
يقع على الحادث ما عاش الموصى له لانه احتمل انه اراد به الحادث وفي صرفه اليه تصحيبه
فانه يستحق بالمعاملة وحاصل مسائل الباب على ثلاثة اوجه في وجه يقع على الموجود والحادث
ما عاش الموصى له ذكر الابد او لا وهو ان يوصى بغلة بستانه او ارضه او سكنى دائرة او خدمة
عبده لان الغلة كما يتناول الموجود يتناول ما كان بعرض الوجود في العرف (يقال)

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان
 في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى
 ذلك جواز في الوصية بالطريق الاول لان بابها ^{وبست} اوسع اما الولد المعدوم واختاه
 فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فلذلك لا يدخل تحت الوصية
 بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً بعقد الخلع مقصودا فكذا
 بالوصية والله اعلم بالصواب *

يقال لفلان غلة هذه الدار يراد به ما يدخل في ملكه في المستقبل وفي وجه يقع على
 الموجود دون الحادث ذكر الا بدا ولا وهو ان يوصي بالصوف على ظهر الغنم والولد
 في بطن الجارية واللبن في الصرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما
 وفي وجه ان ذكر الا بد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمره بستانه وان
 لم يذكر الا بد فان كانت الثمرة وقت الموت موجودة يتناولها والافاقية ان يبطل
 الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصي له ثم في البستان
 السقي والخراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فهي
 كالنفقة في فصل الخدمة *

قوله وهذا بخلاف ما تقدم اي من الثمرة والغلة **قوله** اما الولد المعدوم واختاه اي
 الصوف واللبن **قوله** بعقد البيع تبعاً اي يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف في بيع الغنم
 تبعاً للغنم ويجوز الخلع على ما في ظهر غنمها من الصوف وفي الجماع الصغير للتمر تاشي رح
 اوصى بغلة ارضه وليس فيها شجر ولا مال له غيرها فانها يواجر وله ثلث اجرها لان غلتها هنا
 الاجرة ولو كان فيها شجر فله ثلث الثمر اوصى بغلة نخله لرجل وللآخر برقبته ولم يحتمل
 فتعاها على صاحب الرقبة لان الملك له واذا اثمرت فعلى صاحب الغلة لان الفاع له
 والله اعلم بالصواب * (باب)

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عند يورث ولا يلزم فكذا هذا وما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما *

قال ولو اوصى بذلك لقوم مسلمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبني دارة بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين *

قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقال الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقية وان كان في معتقد هم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفذها من تقرير المعصية ولا بي حنيفة رحمه الله ان هذه قرينة في معتقد هم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدعون فتجوز بناء على اعتقادهم

باب وصية الذمي

قوله واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث اي بالاتفاق على اختلاف التخرج عند ابي حنيفة رح لعدم لزوم الوقف وعندهما لكون ذلك العمل معصية ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا والمسلم اذا جعل دارة مسجدا في صحته وسلم لا يورث فينبغي ان يكون البيعة كذلك لانا نقول المسجد تحرر من حقوق العباد وصار لله تعالى خالصا فلا يورث ولا كذلك البيعة لان البيعة عندهم لمنافع الخلق فانها يسكن فيها اساقفتهم ويدفن فيها موتاهم **قوله** وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله قال مشائخنا رحمه الله هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا تجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون (من)

الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لاجوز الوصية اعتبارا
لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه
بان يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة
لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولا نهم يبنون فيها الحجرات
ويسكنونها فلم يتحرز الله تعالى لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم
تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير
ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل
ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقا

من احداث البيعة في الامصار كذا في الجامع الصغير البرهاني قلت الظاهر انه اراد هنا
بالقربة ما ليس فيها من شعائر الاسلام شيء اما اذا كانت قربة فيها من شعائر الاسلام
شيء فهي كالمصر ولهذا لا يمكن من بيع الخمر والخنازير فيها *

قوله الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لاجوز الوصية اعتبارا
لاعتقادهم وهو كما اذا اوصى بحج او بان يبنى مسجدا للمسلمين او بان يسرج في مساجد
المسلمين فهذه الوصية منه باطلة بالاجماع **قوله** فكذا عكسه اي تجوز الوصية بدار كنيسة
لقوم غير مسلمين اعتبارا لاعتقادهم **قوله** امتنع ثبوت مقتضاه وهو زوال الملك في غير ما هو
قربة عندهم فبقي اي الايصاء فيما هو قربة على مقتضاه وهو زوال الملك فلذلك لا يورث
ثم اورد محمد راج على نفسه سوء الافعال كيف يكون هذا قربة من الذمي فانه لا يثاب على ذلك
قلنا الاحكام في حقهم انما يبنى على ما يظهرون لا على الحقيقة الا ترى انه اذا ذبح وسمى
اسم الله تعالى يحل ذبيحته وان كان ما يعتقده الهاليس باله على الحقيقة ولو ذبح باسم المسيح
لا يحل ذبيحته على ما قال عمر رضي الله عنه اذا سمعتموهم سموا بغير الله فلا تأكلوا (قوله)

وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيرة وتطعم المشركين وهذه على الخلاف
 اذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قرينة في حقنا
 ولا يكون قرينة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج
 في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم
 لوقوعه تمليكاً لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قرينة في حقنا وفي حقهم
 كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى النرك وهو من الروم وهذا جائز سواء
 كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قرينة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها
 اذا اوصى بما لا يكون قرينة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والمائعات فان هذا غير
 جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصير تمليكاً واستخلافاً وصاحب
 الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امر ابياء الاحكام على الظاهر وان كان
 يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه رح
 وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانهما تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم

قوله وهو ما ذكرناه وهو الرصية ببناء البيعة والكنيسة **قوله** والجهة مشورة اي صرف هذا
 المال الموصى به الى الحج وبناء المسجد والاسراج فيه خرج منه على طريق المشورة وذكر
 الامام قاضي خان واذا اوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء مسجد
 او بالاسراج فيه فان سمى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكاً عنهم ويطل الجهة التي عينها
 ان شاؤوا فاعلوا ذلك وان شاؤوا تركوا وان كانوا لا يحصون لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه تمليكاً
 وانها ليست بقرينة في اعتقادهم حتى يكون تمليكاً من الله تعالى في اعتقادهم فلا يصح
قوله وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها ذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف
 هذا فقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين
 الذمية ان الذمية تقرر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقرر على اعتقادها كذا في الزاوية * (قوله)

(كتاب الوصايا ١٠٠٠ باب وصية الذمي)

واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينبغي باجا زتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبدة عند الموت او دبر عبدة في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه مادام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز لانه مستأمن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى بخلاف ملته جازا اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملته واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم يكن ورثته معه في دار الاسلام اما اذا كانت ورثته معه يتوقف على اجازتهم واثار في الكتاب الى هذا بقوله وليس لورثتهم حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا **قوله** واوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز قوله في دار الاسلام يتعلق بقوله اوصى لا لحربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما وكذا لفظ المبسوط ولان الذمي لو اوصى لحربي في دار الاسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم او ذمي بوصية جاز والله اعلم بالصواب *

(باب)

باب الوصي وما يملكه

ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد
لأن الميت مضى بسبيله معتمدا عليه فلم يصح رده في غير وجهه في حياته وبعد مماته صار
مغرورا من جهة فبرده بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده
في غير وجهه لأنه لا ضرر هنا لك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه فإن ردها في وجهه
فهو رد لأنه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره

باب الوصي وما يملكه

ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي أي يعلم الموصي وردها في غير وجهه
أي في غير عام الموصي **قوله** بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح
رده في غير وجهه هذا مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة واليتيمية وأدب القاضي
لأصدر الشهيد والجماع الصغیر الإمام المحبوبي وفتاوى قاضي خان ذكر في هذه الكتب
أن الوكيل إذا عزل نفسه من الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير
علم الموكل لا يخرج عن الوكالة والمذكور في فتاوى قاضي خان في الوكيل بشيء بعينه فقال
والوكيل بشيء بعينه إذا أخرج نفسه عن الوكالة لا يملك إلا الحضرة من الموكل ثم ذكر
في الجماع الصغیر ما يوافق رواية الهداية فقال بين هذا أي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلا
بشيء فرد الوكيل يصح رده سواء رده في وجه الموكل أو في غير وجهه والمذكور في فتاوى
قاضي خان مقيدا بقوله بشيء بعينه لا بخلاف المذكور في الهداية إذا حصل التيد
على الاحتراز عن الوكيل بشيء بغير عينه وفائدة التقييد أن في المعين لو صح رد
الوكيل يلزم الموكل ضرر وهو أن يعزل الوكيل نفسه ويشتري ذلك المعين لنفسه وفيه
ضرر الموكل ولا يلزم هذا الضرر في غير المعين *

(قوله)

وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالتزام فبقي مخيرا فلوانه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الميت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انتطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة اثبوتته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد يناط طريق العام وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الرصبة حين قال لا اقبل لان بمجرده قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضرر بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالشواب يدفع الاولى وهو اعلى اولى

قوله فان لم يقبل وام يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار فان قيل كان يجب ان لا يكون له الخيار لانه لم يبلغه الايصاء ولم يرد في حال حيوة الموصي فترك الميت الايصاء الى غيره اعتمادا على انه يقبله فاذا رده بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهةه والجواب عنه ان الميت مغرور وليس بمغرور لانه كان من حقه ان يسأل انه يقبله ولا يقبله فان لم يفعل ذلك وبنى الامر على انه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره جعل مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصي بخلاف ما اذا قبل لانه لم يقبل في حيوته ترك الايصاء الى غيره اعتمدا على قبوله فلو ملك الرد بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته والغرور ينتفي **قوله** واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة يعني لما كانت خلافة كالارث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث واذا صح البيع صار لازما حكما لنفاذ البيع فلا يملك رده بعد ذلك وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب منها ما ذكر في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه اي سواء كان المخبر حرا او عبدا او اسقا او عبدا فلا **قوله** ودفع الاولى اي المضرة الاولى وهو اعلى لان ضرر الميت غير مجبور (قوله)

الا ان القاضي اذا اخرج من الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذا التقاضي ولاية دفع الضرر وبما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخر اوجه فلو قال بعد اخراج القاضي اية اقبل ام يلتقت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ومن اوصى الى عبدا وكافرا وفاسقا اخرجهم القاضي عن الوصية وانصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد ربح في الاصل ان الوصية باطلة قبل معناه في جميع هذه الصور مستبطل وقبل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته

قوله الا ان القاضي اذا اخرج من الوصاية يصح ذاك استثناء عن قوله فله ذلك **قوله** لانه مجتهد فيه اي لان الموضوع موضع الاجتهاد اذا الرد صحيح عند ربح دفع الضرر عن الوصي وللقاضي ولاية دفع الضرر عن الناس فينفذ نضاره وبطل الاجاب فلا يعتبر القبول بعده وذكر في ادب القاضي للصدر والشهيد في باب ما يكون قبولا للوصية ولو اوصى اليه وهو ليس بحاضر فباغاه ذلك في حبة الموصي او بعد وفاته فقال لا اقبل ثم قبل بعد ذلك يجوز لان هذا الرد لم يصح من غير علم الموصي كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل فذا لم يرتد الاجاب وقبل صح القبول الا ان يكون القاضي اخرج من ذلك بذلك الرد فيكون خارجا عن الوصية فبعد ذلك وان قبل لا تصح واختلاف المشائخ في تخريج هذا الحكم منهم من قال انما كان لان على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي فالقاضي متى اخرج من الوصاية بذلك الرد فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام السرخسي ومنهم من قال لا حاجة الى هذا لكن انما كان لان الوصاية لو صححت بقبوله كان للقاضي ان يخرج ويصح الاخراج فهنا اولى واليه ذهب الامام شمس الائمة الحلواني ربح **قوله** ومن اوصى الى عبدا وكافرا الى عبد غيره لقوله بعده لتوف ولاية العبد على اجازة المولى **قوله** قبل معناه في جميع هذه الصور مستبطل يدل عليه ما ذكر في الايضاح ولو تصرف (العبد)

واستبداده وفي غيره معناه سنبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لتدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر عن ترك النظر في حق المسام وانتهام الفاسق باخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية بيقين غير مقامه انما بالنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبارا لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنع او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا ينفذ فائدة وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه يروي مرة مع ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبة وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مملوكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا المولى اليه يؤذن بكونه ناظر الهم وصار كالمكاتب

العبد قبل ان يخرجه القاضي نفذ تصرفه لانه اهل للتصرف لكن يخرجه القاضي للمعنى الذي ذكرناه وهو ان منافع بدنه مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف الى ورثة الموصي وقبل الاخراج الوصاية باقية فنفذ تصرفه *

قوله واستبداده اي وعدم استبداده بنفسه لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع بها على غيره كذلك بعد اجازة المولى لا يصح وصايته ايضا لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم **قوله** ولاية الكافر على المسلم في الجملة وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما فانه يصح شراؤه ويثبت له الملك فيه والولاية عليه الا انه يجبر على البيع والجبر على البيع لا يشعر بعدم الولاية **قوله** وله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد (١)

والوصاية قد تجزى على ما هو المروى من أبي حنيفة رحمه الله أو نقول يصار إليه كيلا
يؤدي إلى ابطال أصله وتغيير الوصف لنصحيح الأصل أولى *

قال ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق
الموصي والورثة وهذا لأن تكديلا النظر يحصل بضم الآخرة اليد لصيانتها وبعض كفايته فيتم النظر
بإعانة غيره ولو شك إلى الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون
كاذبا تخفيا على نفسه وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للمظر من الجانبين
ولو كان قادرا على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرج له لأنه لو أخرج غيره كان دونه ما أنه
مختار الميعة ومريضه بقاءة أولى ولهذا قدم على اب الميعة مع وفور شئته وأولى أن يقدم على
غيره ركداً إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزل حتى تبدوا له منه خيانة
لأنه استغاد الولاية من الميعة غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالوصي إنما صبه وصية إلا أنه قد فانت
ولو كان في الأحياء لا يخرج منها فعند عجزه بنوب القاضي منابه كأنه لا وصي له ومن أوصى إلى
أثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف بمدا أبي حنيفة ومحمد رحم دون صاحبه إلا في أشياء معدودة
فبينهما أن شاء الله تعالى وقال أبو يوسف رحم يتنرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأنبياء
أحترازاً عن الإيصاء إلى عبد الغير فإنه لا استبداد له وعن الإيصاء إلى عبد نفسه وفي الورثة
كبير لأن للكبير أن يبيع نصيبه منه فلا يبقى حينئذ للعبد إلا مستبداد بنفسه وأما فيما نحن فيه
فلا يملك بيعه أحد فكان مستبداً بالتصرف وفي الأسرار فإن قيل للقاضي ولاية البيع في هذه
المسئلة قلنا إذا ثبت الإيصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع *

قوله والوصاية قد تجزى على ما هو المروى عن أبي حنيفة رحم فإنه إذا أوصى إلى رحامين
إلى أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين روى الحسن عن أبي حنيفة رحم أن كل واحد منهما
يكون وصياً فيما أوصى إليه خاصة **قوله** رعاية لحق الموصي والورثة فرعاية حق الموصي
في إبقاء الأهل وصيانتها تصرف الموصي ورعاية لحق الورثة في ضم الآخريات **قوله** وإشكا
إليه الوصي ذلك أي لو شك الوصي إلى القاضي عجزه عن القيام بأمور الوصاية * (قوله)

لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تجزئ فيثبت لكل منهما كمالا كولاية الانكاح
 للاخرين وهذا لان اوصايه خلافة وانما تحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا
 للموصي وقد كان بوصف الكمال لان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة
 فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض
 وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد ومارضي الموصي الا بالمشي وليس الواحد كالمشي بخلاف
 الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كمالا ولان الانكاح حق
 مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ بخطبها يجب اياه وهما حق التصرف
 للموصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الازل اوفى حقا على صاحبه فصح في الثاني استوفى
 لان ولاية التصرف لهما فاذا تصرف وحدة حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي اياهما ولهما
 بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية وموضع الضرورة مستثناة ابدًا
 وهي ما استثناء في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التأخير فساد
الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم
جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال
قوله لان الوصاية سبيلها الولاية اي الوصاية انما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصي
 الى الوصي لا بطريق الابالة بدليل ان الايصاء يتم بقواه اوصيت مطلقا ولو كان بطريق الابالة
 لم يصح الابالة صيغ على ما هو المقصود كما وكيل فانه لو قال وكنتك لا يملك التصرف ما لم يذكر
 ماذا افوض اليه من التصرف وكذا لو قال جعلتك حاكما لا يملك تنفيذ القضاء ما لم يبين له ذلك
 وهذه الماصح الايصاء اليه طلقا عرفنا انه اثبات الولاية بطريق الخلافة والدايل عليه ان وان ولايته بعد
 زوال ولاية الموصي والولاية ثابتة لا تنبش شرعا فيثبت لكل واحد منهما كمالا على الانفراد كالاخوين
 في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبت شرطا وهذا لان الولاية لا يحتمل التجزئ لانها عبارة عن القدرة الشرعية
 والقدرة لا تجزئ بخلاف التوكيل والتقايد في الحكومة **قوله** اصله الدين الذي عليهما ولهما يعني
 اذا كان الدين عليهما فلا حدهما ولاية الايفاء واذا كان لهما لا يكون لاحدهما ولاية الاستيفاء (قوله)

وقضاء الديون لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظهر
بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولأنه لا يحتاج فيه إلى
الرأي وتنفيذ وصية بعينها وحق عبد بعينه لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والخصومة في حق
الميت لأن الاجتماع فيها متعذر وهذا يتفرد بها أحد الوكيلين وقبول الهبة لأن في التأخير
خيفة الفوات ولأنه ما كنهه الام والذى في حجرة فلم يكن من باب الولاية وقبول
بيع ما يخشى عليه التوى والتلف لأن فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لأن
في التأخير خشية الفوات ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية
وفي الجاهع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لأنه رضي بامانتهم ما جديعا في القبض ولأنه في معنى المبادأة
لا سيما عند اختلاف الجنس ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد
على الانفراد قبل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد
وهذا لأنه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل بالخلاف في الفصلين واحد لأن وجوب
الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل الناصي
مكانه وصيا آخر أما عند فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم الناصي إليه وصيا
آخر نظرا للميت عند حجرة وعند أبي يوسف رح الحي منهما وإن كان يتدر على التصرف
فالموصي قصدان بخلفه متصرفان في حقيقته وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت
وإن الميت منهما أوصى إلى الحي فالحي إن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما
إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر لأن رأي الميت باق
حكمه برأي من يخلفه وعن أبي حنيفة رح أنه لا يتفرد بالتصرف لأن الموصي ماضى
بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأي المتني كما رضى المتوفى

قوله وقضاء الديون أي بجنس حقه **قوله** والمراد بالتقاضى الاقتضاء أي القبض في عرفهم
فيكون ما في الخلاف وفي عرفنا يراد به الطلب فيملكه كل واحد منهما **قوله** لو أوصى إلى (كل)

واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصية في تركته وتركته المبيت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركته المبيت الاول اعتبارا بالنوكيل في حالة الحيوة والجماع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال

كل واحد على الافراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين وعن ابي القاسم الصغار هذا الخلاف فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعدد واحد فاما اذا اوصى لكل واحد منهما بعدد على حدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث قول ابي القاسم الصغار اصح وبه نأخذ وحكي عن ابي بكر الاسكاف قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وذكر في المبسوط ولم يذكر في الكتاب ما اذا اوصى الى كل واحد منهما على الافراد ولكن الاصح ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبت الوصية لهما جميعا بخلاف الوكالة وقد يوصي الانسان الى غيره على ظن انه يمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى الموكل قائم هناك واذا عجز الوكيل يمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثاني الى الاول وانما كان قصده اثابة كل واحد منهما منابه بالافراد *

قوله واذا مات الوصي واوصى الى آخر اي قال جعلته وصيا فهو وصية في تركته وتركته المبيت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركته المبيت الاول هذا اذا اطلق اما اذا قال جعلته وصي ما اتركه صار وصيا في تركته وتركته موصيه في ظاهر الرواية لان تركته موصيه تركته ايضا وعند ابي يوسف ومحمد رح يصير وصيا في تركته الموصي فقط لانه نص عليه *

(قوله)

والى الجدى النفس ثم الجدى قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزله فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعثر به المنيعة قبل تنميم مقصوده بنفسه وهولاء في ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والا يضاء اليه *

قال ومما سمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومما سمة الورثة عن الموصى له باطالة لان الوارث خيفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث

قوله والى الجدى النفس حتى لو كان له ولاية تزويج الصغار واستثناء التصاغر **قوله** ثم الجدى قائم مقام الاب الى آخره الاب كان له ولاية الاتكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجدى له ولاية الاتكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه وكذلك الموصى كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الوصى لقيامه مقامه **قوله** ومما سمة الوصى الموصى له عن الورثة اي يباين عن الورثة جائزة ومما سمة الورثة عن الموصى له باطالة لان الوارث خيفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث **قوله** والى الجدى النفس حتى لو كان له ولاية تزويج الصغار واستثناء التصاغر **قوله** ثم الجدى قائم مقام الاب الى آخره الاب كان له ولاية الاتكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجدى له ولاية الاتكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه وكذلك الموصى كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الوصى لقيامه مقامه **قوله** ومما سمة الوصى الموصى له عن الورثة اي يباين عن الورثة جائزة ومما سمة الورثة عن الموصى له باطالة لان الوارث خيفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث **قوله** والى الجدى النفس حتى لو كان له ولاية تزويج الصغار واستثناء التصاغر **قوله** ثم الجدى قائم مقام الاب الى آخره الاب كان له ولاية الاتكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجدى له ولاية الاتكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه وكذلك الموصى كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الوصى لقيامه مقامه **قوله** ومما سمة الوصى الموصى له عن الورثة اي يباين عن الورثة جائزة ومما سمة الورثة عن الموصى له باطالة لان الوارث خيفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث

والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقت هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى مانوي من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة *

قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضا ع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا

نصيب الورثة لم يكن لهم الرجوع بشيء على الموصى له لان الوصي ولاية على الورثة الا ترى ان له ولاية بيع نصيب الصغار من العقار والمنقول جديعا ما لو كانت الورثة كبارا فليس للوصي ولاية البيع على الكبير الغائب في العقار وله ولاية بيع المنقول عليه فكذا القسمة لان القسمة نوع بيع فلذلك قلنا اذا كانت الورثة كبارا غيبا كانت متاسمة الوصي للموصى له عن الورثة جائزة في العروض دون العقار اما قسمة مع الورثة عن الموصى له باطله في العقار والعروض جميعا سواء كان الموصى له صغيرا او كبيرا حاضرا او غائبا حتى لو هلكت حصة الموصى له في يد الوصي وبقيت حصة الورثة كان للموصى له ان يرجع بثلث ما في يد الورثة ان كان قائما في ايديهم *

قوله والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصارت تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه **قوله** ولا يصير مغرورا بشري الموصى حتى لو كان الموصى به جارية فاستولدها الموصى له ثم استحققت اخذها المستحق وادها ولا يصير الولد حرا بالقيمتة بحكم الغرور بخلاف الوارث **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الموصى له شريك الوارث فيتوى مانوي على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة * (قوله)

وان كان الميت اوصى بحجة فقام الورثة فهلك ما في يده حج من الميت من ثلث ما بقي
وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف رح ان كان مستغرا لثلث
لم يرجع بشيء واوالا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي
ولو افرز الموصي بنفسه ما لا يحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزة وصيه الذي
قام مقامه ولا يبي يوسف رح ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق
بطلت لغوات محلها ولا يبي حنيفة رح ان القسمة لا ترد لذاتها بل لمقصودها وهي تدبئة الحج فلم
تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة
اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ومن اوصى بثلث
الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسها والموصي له غائب فقسمة دائرة لان الوصي صاحب
ولهذا الوصية الموصي له قبل القبول نصير الوصية ميراثا الورثة والقاضي نصب ناظر الاسماء في حق
الموتى والغيب ومن النظر افرز نصيب الغائب وفبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد
هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء

قوله وان كان الميت اوصى بحجة فقام الورثة في بعض الفوائد وذكر في المبسوط الخواهر زادة
واجمعوا ان الوصي لو قام الورثة واخذ الثلث فضاع في يده قبل ان يدفعه الى النائب فانه
يحج عنه بثلث ما بقي ثم وثم الى ان يبقى حبة وانما الاختلاف فيما اذا دفعه الى النائب
فهلك في يد النائب واطلاق ما ذكره من ان يدل على ان الخلاف في النصليين واحد وفي الكافي
للعلامة النسفي رح فهلك ما في يده حج من الميت بثلث ما بقي وكذا ان دفعه الى رجل
ليحج عنه فضاع في يده **قوله** فقسمة جائزة وفي الجماع الصغبر الموصي له بالثلث اذا كان غائبا
فدفع الورثة المال الى القاضي يجوز قسمته لان ولاية على الغائب فكأن قسمته كقسمته
لغائب قالوا هذا الجواب فيه ايكال ابو زين لان القسمة فيه تمييز وليس مباد له حتى ينفر (١)

وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما هنا فبخلافه *

قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بتمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فباع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه مهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم له فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير اذنه ورضاه فيجب عليه رده *

قال ويرجع فيما ترك المبت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حقه بها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه فالدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامي عن تقلد هذه الامانة حذر من لزوم الغرامة فتعطل مصالحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل

احد الشريكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضاء ويجوز ان يبيع نصيبه مرا بحة على ما قام عليه من الثمن وفيما عداهما لا يجوز لان القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة وهذا بخلاف الوصي لانه لا ولاية له على الغائب ولا على الموصى له *

قوله وان كان في مرض موته اي اذا باعه بمثل القيمة **قوله** بغير رضاه لان رضا المشتري باخذ الوصي الثمن انما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم **قوله** وكان ابو حنيفة رح يقول لا يرجع اي لا يرجع الوصي على احد لانه ضمن بقبضه اي لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشي **قوله** لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية ينفذ من الثلث عليه **قوله** وجه الظاهر (١)

وقدم في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت ولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا
 كان على الميت دين آخر وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه
 وتبض الثمن فهلك واستحق العبد رجوع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
 بحصته لا بتفاض القسمة باستحقاق ما اصابه واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خير اليتيم
 جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم
 المتأخر عن

انه يرجع بحكم الغروري ان الوصي يرجع على الميت على تركته بحكم ان الميت
 غرة بقرله ان هذا ملكي لانه لما امره ببيع عبده وتصدق ثمنه على المساكين كان قائلا ان
 هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت
 والدين يقضى من جميع التركة كذا ذكره الامام فاضل خان وذكر في الذخيرة فان هلكت
 التركة لا يرجع على احد لا على الورثة ولا على المساكين ان كان قد تصدق عليهم بالدين
 لان البيع لم يقع الا للميت وفي المنتقى اذا اوصى الرجل الى رجل وامره ان يبيع هذا
 وتصدق بثمنه على المساكين ففعل الوصي ذلك ثم استحق العبد من بدل المشتري ورجع
 المشتري على الوصي بالثمن لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على
 المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن والقياس هكذا يقتضي لان غنم تصرف الوصي
 يعود الى المساكين فغرمه يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية يخالف رواية الجامع الصغير
 ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنمه - التصرف وهو ثواب والتعويض له *

قوله وقدم في كتاب القضاء في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب ادب الناصب
قوله واذا احتال بمال اليتيم اي قبل الحوالة فان كان خير اليتيم جاز وهو ان يكون املى
 اي اقدر على الاداء وان كان الاول املى لا يجوز وان كانا سواء ذكر انه لا يجوز كذا ذكره الامام
 المحبوبي وفي الذخيرة وان كان الثاني مثل الاول في الملاء فقد اختلف المشايخ فيه وأشار
 في الكتاب الى انه لا يجوز *

(قوله)

على بعض الوجوه ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظري في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجز بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا في تقيد بموضع النظر وعند همل لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع ولا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتب كتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى بكتب الشاهد مشهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذاك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا *

قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا

قوله على بعض الوجوه وهوانه اذا لم يكن مليا يتأخر الاداء والتأخير اطلاق من وجهه *

قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجز ولانه اذن لهم في التجارة والتاجر يحتاج الى المساهلة ويحتمل الغبن في بعض التصرفات لاستجلاب قلوب المجاهرين فكان هذا من توابع التجارة بخلاف الهبة وبخلاف الاب والوصي لانهما يتصرفان بشرط الاصلح والا حسن **قوله** وكتب كتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط لانه لو كتب كتابا واحدا وجمع بين الوصية والشراء ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية فعند اداء الشهادة عسى ان يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور **قوله** ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا اي لان ذلك احوط **قوله** وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار استثنى العقار في حق الكبير الغائب اما في حق الصغير يملك بيع العقار ايضا وهذا جواب السلف (واما)

(كُتَاب الوصِي ٠٠٠ باب الوصِي بما يملكه)

لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسنه لما انه حفظ لنسار ع الفساد اليه وحفظ
التمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه *

قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رح
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي
الام ووصي العم وهذا الجواب في تركه هولا لان وصيهم فائم مقامهم وهم يملكون
ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح
الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه
ولنا ان بالايضاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالا ب نفسه
وهذا الان اختيار الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبيته من تصرف ابيه
فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك
الا تكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه *

واما جواب المتأخرين انه انما يجوز باحد شروط ثالثة اما ان يرغب المستري فيه بضعف
القيمة او للصغير حاجة الى ثمنها او بان يكون على الميت دين ولا وفاء له الا به
قال الصدر الشهيد وبه يفتى *

قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يليه اسواه
ويتفصى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وبملكه لجهة الحفظ والنظر **قوله** وهذا الجواب
في تركه هولا قيد به لان الوصي كالموصي وهم لا يملكون الا الحفظ فكذا وصيهم
فان كان للصغير مال لا من تركته لا يملك وصيهم حفظه لان ولاية الحفظ مقصورة
على تركه الموصي **قوله** غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بينا وهو قوله ولنا ان
بالايضاء ينتقل ولاية الاب اليه الى آخرة والله اعلم بالصواب *

(فصل)

فصل في الشهادة

قال وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لا ثبات لهما معينه لأنفسهما **قال** إلا أن يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضائهما بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما موثقة التعيين عنه أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي * **قال** وكذلك الأبنان معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لانهما يجبران إلى أنفسهما تنعابنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لو ارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهرا ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به * **قال** وإن شهدا الوارث كبير في مال الميت لم يجزوان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا إن شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين لأنه لا تثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة

فصل في الشهادة

ههنا خمس مسائل الغريبان لهما على الميت دين والغريمان للميت عليهما ابن والموصى لهما والموصى اليهما والوارثان * **قوله** وهذا استحسان أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية **قوله** وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت الشبهة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الوصيان والموصى لهما والوارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال إلا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا ههنا * (قوله)

وله أنه ثبت لهما ولاية الحفظ ولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لأنقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها *

قال وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بددين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحم وقال أبو يوسف رحم لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة رحم فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف رحم وعن أبي يوسف رحم مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالمولوت يتعلق بالتركة إذا الذمة خربت بالمولوت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من تركته يشاركه الآخر فيه

قوله له أنه ثبت لهما ولاية الحفظ ولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لأن الوصي إنما صار خصما بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث وأما فيما هو للوارث الكبير على الأجنبي لا بطريق الإرث هو كاجنبي آخر *

قوله وأبو حنيفة رحم فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف رحم أي لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر لا في حق الدين ولا في الوصية بالف درهم وقوله وعن أبي يوسف رحم مثل قول محمد رحم أي تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين ولا يجوز في حق الوصية بالف درهم فصارع عن أبي حنيفة رحم روايتان وعن أبي يوسف رحم كذلك وعن محمد رحم رواية واحدة وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصي لهما لهدين الشاهدين بوصية عين أخرى كاجارية لأنه لا شركة للشهود فيه فلا يتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالإجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلاث ماله وشهدا ما شهد لهما الشاهدين بمثل ذلك لأنهما أوجبا شركة (لا)

فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه
في الذمة لبقائها لا في المال فلا تحقق الشركة *

قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهدا لمشهود لهما ان الميت اوصى
للساهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين
الرجلين بثلاث ماله وشهدا لمشهود لهما انه اوصى للساهدين بثلاث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعده وشهدا لمشهود لهما انه
اوصى للاولين بثلاث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة *

كتاب الخنثى - فصل في بيانه

وانا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج
فهو أنثى لان النبي عم مثل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رض مثله

لا نفسيهما فيما شهدا به للآخرين وكذلك اذا شهد الآخران بالمرساة ايضا وفي الوجه
الثالث انه لا يقبل ايضا وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعين
كالعبد وشهدا لمشهود لهما ان الميت اوصى للساهدين الاولين بثلاث ماله لان الشهادة
مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين *

قوله فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقت التهمة لا يقال ان لهما في هذه الشهادة
مضرة وهو ان لاتسع التركة حق الفريقين فينتقص حقهما بالشركة لانا نقول هذا توهم عسى
يتحقق وعسى لا يتحقق ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة
فيرد الشهادة لهذا والله اعلم بالصواب *

كتاب الخنثى - فصل في بيانه

اعلم ان الله تعالى خلق بني آدم ذكورا وانا كما قال تعالى وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً (و)

ولان البول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب
وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلى وان كانا
فى السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا ينسب الى اكثرهما بولا
لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع
فترجح بالكثرة وانه ان كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانه قد يكون لا تساع في احدهما
وضيق فى الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح *

وقال يهَبُ مَنْ يَشَاءُ اِنَّا نَأْوِيهِمْ مَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم
من هو ذكر واشى فدل انه لا يجتمع الوصفان فى شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مصادمة *

قوله ولان البول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلى الصحيح
وذلك انما يقع به الفصل بين الذكر والانثى عند الولادة الآلة وذلك فى آدمي وفي
سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الآلة خروج البول منها
وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونها مبالا
فاذا كان يبول من مبال الرجال عرفنا ان الآلة هذه والآخر زيادة بمنزلة خرق فى البدن
واذا كان يبول من مبال النساء عرفنا ان الآلة هذه وان الآخر بمنزلة نؤلول فى البدن

قوله وان بال منهما فالحكم للاسبق والفتة فيه ان حين وجد الاول ام يكن له معارض
فاخذ اسم المبال قبل ان يأخذ الآخر ذلك الاسم والثاني يعارضه الاول حين وجوده
فترجح السابق **قوله** وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق اى اذا
كان بوله فى الخروج والكثرة على السواء كان مشكلا بالاتفاق وفي شرح الطحاوي
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتبر الاكثر منهما فان استويا فى الكثرة فالواجمع الا علم
لنا به ثم ان ابا حنيفة رح استقيم الترجيح بكثرة البول على ما يحكى عنه ان ابا يوسف رح
لما قال بين يديه يورث من اكثرهما بولا قال يا ابا يوسف اهل رأيت قاضيا يكبل البول (با)

قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحيحة او وصل الي النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستولان هذه من علامات الذكـر ان ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حمل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم تظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكـل وكذا اذا تعارضت هذه المعالـم والله اعلم بالصواب *

فصل في احكامه

الأصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالا حوط والا وثق في امور الدين وان لا يحكم بشيـت حكم وقع الشك في ثبوته *

قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلواتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلواته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلواته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلواته بآمنة

بالاواني اى الكثرة على الحقيقة لا يعرف الا بالكيل ولا يجوز الاشتغال به * **قوله** وكذا اذا تعارضت هذه المعالـم بان ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة والله اعلم * فصل في احكامه

قوله فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلواته وانما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلوة مشتركة موهوم فالتوهم احب له ان يعيد الصلوة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فان قام في صف النساء فصلّى قال احب الي ان يعيد صلواته لانه صبي او صبيرة فان كانت صبيرة بجزيرها صلواتها ويحتمل ان يكون صبيا فيفسد صلواته فيومر بالاعادة تخلقا واعتيادا فان لم يعد فلا شيء عليه ان كان مراهاقا وان كان بالغا وكان مشكلا حاله يلزمه الاعادة (حتما)

ويعيد الذي من يمينه وعن يساره والذي خلفه ^{بغير} بحيث أنه صلواتهم احتياطاً لاحتمال أنه امرأة وأحب اليان يصلي ^{بغير} بقناع لأنه يحتمل أنه امرأة ويجلس في صلواته جلوس المرأة لأنه أن كان رجلاً فقد ترك سنته وهو جائز في الجملة وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد لا حتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وإن لم يعد أجزاءه وتبتاع ^{بغير} له أمة يختنه أن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمامة من بيت المال لأنه أعد لنوائب المسلمين فإذا اختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لتوقع الاستغناء عنها

حتماً وإيجاباً لأنه ذكر وأنثى فإن كان أنثى لا تلزمها الإعادة وإن كان ذكراً كان عامه الإعادة فيجب عليه الإعادة احتياطاً *

قوله ويعيد الذي من يمينه وعن يساره والذي خلفه بحيث أنه صلواتهم احتياطاً لاحتمال أنه امرأة وفي المبسوط والمراد من الإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم أن يعيد واصلواتهم لهذا **قوله** وهو على الاستحباب أي الأمر بإعادة الصلاة إذا صلى بغير قناع على الاستحباب لأن الفساد موهوم والمستقط وهو الأداء معلوم **قوله** ويباع له أمة تختنه أن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة هذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجل فاسد في حق المرأة لأن الأمة في النظر إلى سيدتها كالأجنبيات والأولى في التعليل ما ذكر في الذخيرة لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى ثم إن كان الخنثى ذكراً فهذا نظر المملوكة إلى مالكها وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وأنه مباح حالة العذر فنعم بهذا أن شري الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظرة إلى خلاف الجنس لأن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى (سيدتها)

ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال
او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة

سيدتها فان قيل هذا المعنى موجود فيما اذا زوج الولي امرأة من الخنثى فان الخنثى
لو كان ذكرا كانت هذه امرأته وان كان انثى كان فيه نظر الجنس الى الجنس حتى
لا يحتاج الى شرى الجارية بالمال الكثير قلنا تزويج المرأة للخنثى لا يفيد اباحة الختان
لان النكاح موقوف قبل ان يستبين امرة ويجوز ان يكون ذكرا فيجوز النكاح ويجوز
ان يكون انثى فلا يجوز فاذا كان مشكلا الحال كان النكاح موقوفا والنكاح الموقوف
لا يفيد اباحة النظر الى الفرج هكذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله وذكر شمس الائمة
الحلواني رحمه الله انما لم نقل تزويج له امرأة بماله لاننا لا نتيقن بصحة فكاحه ما لم يتبين
امرة واكن لو فعل هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس
الى الجنس وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وبعض مشائخنا
رحمهم الله قالوا انما لم يقل محمد رحمه الله ذلك لان تلك المرأة تبقى معلقة اذا
لم يصل اليها لانه لا يمكن التفريق بينهما لانه صبي ولا تصل الى حقها في الجماع
كذا في الذخيرة *

قوله ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وقوله في حيوته لا يفيد زيادة فائدة لان الحيوة
يستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة وبعد الموت الالباس والكراهة للملبس
الا انه اتبع لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى
اذا مات لاطهار المقابلة لان لبس الحلي والحرير لا يحل للرجل ويباح للمرأة فكان الاحتياط
في ترك لبسه كي لا يكون واقعا في الحرام ان كان رجلا **قوله** وان ينكشف قدام الرجال لاحتمال
انه امرأة او قدام النساء لاحتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة
كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر (الرجل)

وان يسافر من غير محرم من الرجال ^{توقيا} عن احتساب المحرم وان احرم وقد راهق ^{نبيذ} قال
ابو يوسف ر ح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكر ^{يكره} يكره له لبس المخيط وان كان انثى ^{يكره} يكره له
تركه وقال محمد ر ح يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه
وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حاف بطلاق او عناق ان كان اول ولد تلدينه
غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ^{او قال} قال كمال
عبدلي ح راو قال ككل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره

الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء
العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي نظر
المرأة الى المرأة روايتان *

قوله وان يسافر من غير محرم من الرجال قيد بقوله من الرجال لانه يكره ان يسافر معه امرأة
محرم ما كان او غير محرم لانه من الجائز انه انثى فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم اهدا
وذلك حرام **قوله** وان كان انثى يكره له تركه اي ترك لبس المخيط فان المرأة في احرامها يلزمها
لبس المخيط وبحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما استوى الجاببان لا يمكن ترجيح
احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا علم لي وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك
لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل لان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند
العدو واشتباه امرة من ابلغ الاعذار وما ترك الستر المرأة فغير جائز في حال من الاحوال ولبس
المخيط اقرب الى الستر ومبنى حال المرأة على الستر كما في غير حاله الاحرام
قوله لان الحنث لا يثبت بالشك لان مع الاشكال لا يثبتين بوجود الشرط والمعلق
بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة فكان هذا نظير ما لو قال ان لم ادخل دار
فلان فعبدت حرثمات ولم يعلم ادخل او لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى
فكذلك ههنا *

لما قلنا وان قال بالقولين جميعا متق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمّل وان قال
 الخشني انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل
 وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين
 امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى
 لاحتمال الحرمة ويقيم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مرا فاقسل رجل
 ولا امرأة لاحتمال انه ذكر وانثى وان سجد في قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا
 وان كان ذكر انا التسجية لا تضره وادام مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل
 مديا لى الامام والخشني خلفه والمرأة خاف الخشني فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم
 على المرأة لاحتمال انه رجل واودفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخشني خاف الرجل
 لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخشني لاحتمال
 انه رجل وان كان يجعل على السرير نعيش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما
 يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة

اي يوصي الرجل ما يلزم له في حقه ثم يلفف
 الخشني ثم يلفف المرأة لان حقه يلقنه
 فيكون الرجل بالنسبة
 كوليها

قوله لما قلنا اي لان الحث لا يثبت باشك **قوله** وان قال بالقولين اي بالاجابين
 جميعا بان قل كل عبد لي وكل امه اي فهو حر **قوله** وان لم يكن مشكلا ينبغي
 ان يقبل قوله اي ان لم يظهر لنا تعارض العلامات لان الانسان امين في حق نفسه
 والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال الا ترى ان المعتدة اذا قلت انقضت
 عدتي وانكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها ومتى عرف كونه مشكلا فتد عرف
 خلاف ما قال وعرف انه مجازف في مثاله لانه لا يعرف نفسه اذا كان مشكلا الا ما عرفه نحن
قوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وغسل
 المرأة لرجل غير ثابت وذلك لان النظر الى العورة حرام وبالموت لا ينكشف هذه
 الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح النظر للجنس (عند)

وخنثي

وان كان ذكره فقد زاد واعلى الثلث ولا بأس بذلك ولومات ابوه
 وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهران
 وللخنثى سهم وهوانثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك
 من غير ذلك

عند الغسل والمراهق كالباق في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس
 اذ لا يعرف جنسه انه من جنس الرجال او من النساء فيتعذر غسله لا نعد ام من يغسله
 فصار بمنزلة من تعذر غسله لا نعد ام ما يغسل به فيصير بالصعيد وهو نظير امرأة تموت
 بين رجال ليس معهم امرأة فانها ييمم بالصعيد ثم ان كان الميمم اجنيا ييممها مع
 الخرقه وان كان ذارحم محرم منها ييممها بغير الخرقه وكذا ان اقامت الرجل بين نساء
 ليس معهن رجل فان النساء تيمم بالصعيد من غير خرقه ان كانت الميممة ذات
 رحم محرم منه وبخرقة ان كانت اجنبية فهذا مثلها ان كان من ييممه من النساء
 او الرجال ذارحم محرم منه ييممه بغير خرقه وان كان اجنبيا عنه ييممه بخرقة
 ولا بأس بان ينظر الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة
 في هذا اخذ بالا حنباط *

قوله وان كان ذكره فقد زاد واعلى الثلث ولا بأس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب
 في حال الحيوة فالزيادة على الثلث في الكفن للرجل لا يضره كما في حال الحيوة فان للرجل
 ان يلبس حال حيوته الزيادة على الثلث واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلث ترك
 السنة فان السنة في كفن المرأة ان يكون خمسة اثواب فكان احوط الوجهين مادكرنا

قوله وهوانثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى وهو
 كونه ابنا والحكم في توريث الخنثى المشكل ان يعطى له ميراث النساء الا

ان يكون اسوء حاله ان يكون ذكرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول
 ابي يوسف رحمه الله وعائيه الفتوى ومن الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما (نصف)

وقال الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رحمه الله

نصف الاول ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخره *
قوله وقال الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى هذا وقع مخالفاً العامة
روايات الكنب لان محمد اعم ابي حنيفة رح في عامة الروايات ويحتمل ان يراد انهما
قالا على (قياس) قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى
وتكلموا فيما اذا كان الخنثى صبياً يتوهم ان يستبين امره في الثاني انه كيف يقسم
المال بينهما فمنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن وتوقف السدس
الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى ان يستبين
المستحق كما في الحمل والمفقود فانه توقف نصيبهما الى ان يتبين حالهما واكثرهم على
انه يدفع ذلك الى الابن لان سبب استحقاقه لجميع المال وهو البتة معلوم فانه لا ينقص حقه
لمزاحمة حق الغير والخنثى ما زاحمه الا في الثلث فما وراء ذلك يبقى مستحقاً له توصيته انما
حكمنا بكون الخنثى انثى حيث اعطيناه الثلث مع الابن وبعد ما حكمنا بالانوثة في حقه يعطى
الذكر ضعف ما يعطى الانثى وبه فارق الحمل والمفقود فان لم نحكم فيهما بشيء من موت او حيوة
فلهذا توقف نصيبهما واذ دفع الثلث الى الابن هل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشائخنا هو على
الخلاف المعروف في الدعوى ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيل
في قول ابي حنيفة وعندهما يحاط في اخذ الكفيل وقال بعضهم يؤخذ منه الكفيل عندهم جميعاً وانما
لم يجوز ابو حنيفة رح اخذ الكفيل هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق
مستقيم يصون به القاضي قضاة وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ
من الابن كفيل لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين
انه انثى فالمقبوض سالم للابن *

(قوله)

(كتاب الخنثى - فصل في احكامه)

وَاخْتَلَفُوا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا لِلْأَبْنِ سَبْعَةً وَلِلْخُنْثَى خَمْسَةً
 وَقَالَ أَبُو يُونُسَ رَحِمَهُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةِ أَهْلِ الْإِبْنِ أَرْبَعَةً وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةً لِأَنَّ الْإِبْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ
 الْمِيرَاثِ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ وَالْخُنْثَى ثَلَاثَةَ الْأَرْبَاعِ فَعِنْدَ الْجَمَاعِ يَقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حَقِّهِمَا هَذَا يُضْرَبُ
 بِثَلَاثَةٍ وَذَلِكَ يُضْرَبُ بِأَرْبَعَةٍ فَتَكُونُ سَبْعَةً وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ الْخُنْثَى أَرْكَانٌ ذَكَرَ ابْنُ الْوَلَدِ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ
 وَإِنْ كَانَ اثْنَيْنِ يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا اثْنَلَاثًا احْتِجْنَا إِلَى حِسَابٍ لَهُ نَصْفٌ وَثَلَاثُ أَوَّلِ ذَلِكَ سِتَّةٌ وَفِي
 حَالٍ يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ وَفِي حَالٍ اثْنَلَاثًا الْخُنْثَى سَهْمَانِ وَالْأَبْنِ
 أَرْبَعَةً فَسَهْمَانِ لِلْخُنْثَى ثَابِتَانِ يَبْقَيْنِ وَقَعَ الشُّكُّ فِي السَّهْمِ الزَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ
 وَنَصْفٌ فَانْكَسَرَ فَاضْعُفْ لِيُزُولَ الْكَسْرُ فَصَارَ الْحِسَابُ مِنْ اثْنَيْنِ عَشَرَ لِلْخُنْثَى خَمْسَةً
 وَالْأَبْنِ سَبْعَةً وَلَئِنْ حَنِيفَةُ رَحِمَ أَنْ الْحَاجَةُ هَهُنَا إِلَى اثْبَاتِ الْمَالِ ابْتِدَاءً وَالْأَقْلَ وَهُوَ مِيرَاثُ
 الْإِثْنَيْنِ مُتَبَقِّنَ بِهِ وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهِ شُكٌّ فَاثْبَاتُهُ مُتَبَقِّنَ بِهِ قَصْرًا عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَالَ لَا يَجِبُ بِالشُّكِّ
 وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الشُّكُّ فِي وَجُوبِ الْمَالِ بِسَبَبِ آخِرٍ فَانْهَ يُوْخَذُ فَيَدُ الْمُتَبَقِّنَ بِهِ كَذَا هَذَا

قوله واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما من اثني عشر سهما للأب
 سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف رحمه المال بينهما على سبعة لأب أربعة وللخنثى
 ثلاثة ثم التفاوت بين تخريجهما أن علي تخرج قول أبي يوسف رحمه ما كان نصيب
 الخنثى أكثر مما نصيبه على قول محمد رحمه فان ثلاثة من سبعة كثر من خمسة من اثني عشر
 لأن الوزن نصف سبع على ثلاثة أسباع يصير نصف المال والخمسة لا يصير نصف المال
 إلا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس أكثر من نصف السبع
 فثبت أن ما قاله أبو يوسف رحمه أنفع للخنثى والطريق الواضح فيه أن يضرب السبعة في
 الاثنى عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع أربعة وثمانين ثم ضرب حصته من كان له
 شيء من السبعة في الاثنى عشر وحصته الخنثى ثلثة من سبعة فاضرب به في اثني عشر فيكون
 ستة وثلثين ثم اضرب حصته من كان له شيء من الاثنى عشر في سبعة وللخنثى (خمسة)

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهوان تكون الورثة زوجا واما واختالاب وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختالاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف واللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع والاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب *

خمس من اثني عشر فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين سهما *

قوله الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهوان تكون الورثة زوجا واما واختالاب وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختالاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف واللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع والاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما فيجعل ذكر فيهما لانه لو كان اثني في المسئلة الاولى يعول الحساب الى ثمانية لانه يكون صاحب فريضه وفرضه ثلثة من ستة وللزوج ثلثة وللأم سهمان ولو كان ذكرا يكون له الباقي سهم وسهم من ستة اقل من ثلثة من ثمانية ولو كان اثني في المسئلة الثانية لكان له نصف المال ستة من اثني عشر فيعول الى ثلثة عشر ولو كان ذكرا لكان للمرأة الربع والاخوين لام الثلث من اثني عشر سهما والخنثى خمسة وخمس من اثني عشر اقل من ستة من ثلثة عشر لانه يصير نصف المال بنصف سهم وذا بسهم ولومات امرأة وترك زوجا واختالاب وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللأخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى لان اسوأ حاله ان يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا لا يصيبه شيء ولو جعل اثني لكان له سدس وتعول المسئلة فيجعل ذكرا والله اعلم بالصواب *

(مسائل)

مسائل شتى

واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فومض برأسه
اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي
يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شد
الفصلين ولا فرق بين الاصل والعارض كالوحشي والمنوحش من الاهلي في حق
الذكو^ة والفرق لا صحابنا رحمه الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك
في الآخر دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا
هو بمنزلة الآخر ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما
الآخر فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا يتقاسان
٢٥

مسائل شتى

قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز اي اذا جاء من الايمان والكتابة ما يعرف
انه اقرار فهو يكون وصية وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان ما يجي من الآخر
ومعتقل اللسان على نوصين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار كما اذا حرك
رأسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار كما اذا حرك رأسه طولا اذا كان
ذلك معهودا منه في نعم ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه بضم اليا وفتح القاف على
البناء للمفعول وفي المغرب واعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه
قوله كالوحشي والمنوحش من الاهلي في حق الذكو^ة اي ما نوحش من النعم فذكوته
العقرو الجرح كالوحشي الاصل ولم يفصل بين الاصل والعارض فكذا هنا
قوله حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة وحدا الامداد سنة كذا ذكره الامام
النمر تاشي رح وذكر الحاكم ابو محمد رحمه الله رواية عن ابي حنيفة رحمه الله (انه)

وفي الآبدة مرفناه بالنص **قال** وإذا كان الآخرس يكتب كتابا ويومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعناقه وبيعه وشرأؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا منه الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الآخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب ^{مستبين} مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه

انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله *

قوله وفي الآبدة مرفناه بالنص جواب عن قول الشافعي رح كالوحشي والمتوحش الاهلي وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال عليه الصلوة والسلام ان لها واابد كا واابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه كذا ذكره في صيد الميسوط **قوله** ولا يحد اي حد لنا فيتناول جميع الانواع اي لا يحد الاخرس اذا كان قاذفا بالاشارة او الكتابة وكذا اذا اقر بالزنا والسرقة او الشرب لان المقر ملئ نفسه ببعض الاسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة **قوله** ولا يحد له اي حد القذف خاصة اذا كان مقدوفا **قوله** وهو اي العجز في حق الآخرس اظهر والزم وذلك لان الظاهر من حال الغائب انه يحضر واما الآخرس فالظاهر من حاله انه لا يزول خرسه فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء النطق بالحضور فلان تقبل في حق الآخرس اولى **قوله** ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين احراز عن غير المستبين وهو الكتابة على (١)

لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الآخرس في حق هذه الأحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ

الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهوان يكتب في صدره من فلان الى فلان ويستنوي فيه اي يطلب منه النية *

قوله لانه بمنزلة صريح الكناية اي بمنزلة كناية قولية أما الكتابة فهي ليست بصريح الكناية لانها فعل والكناية في الحقيقة انما يكون في القول وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله واذا كتب مستبينا لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على التراب او على الكاغذ لا على وجه الرسم كان لغوا لانه لا صرف في اظهار الامر بهذا فلا يكون حجة الا بالينة والبيان وفي الشافي وكذا الصحيح او كتب الطلاق او غيرة او ذكر الحق على نفسه فهو على تلك الوجوه ان كان مستبينا مرسوما ويثبت ذلك باقراره او بيئته فهو كالخطاب حتى لو جحد بسع لمن شهد كتابته ان يشهد اذا عرف ما في الكتاب وان كتب غير مستبين لم يكن اقرارا وان اشهد وقال كتبت كذا فاشهد واني كنت ذلك وان كان مستبينا غير مرسوم ان اشهد عليه كان اقرارا لان الكتابة قد يكون للتجربة وقد يكون للتحقيق وبالاشهاد يقع البيان ولو كتب ذكر حق بين يدي قوم وهم يعرفون ما يكتب ثم قال اثم اشهد واعي بما فيه بصح الاشهاد وكذا الواصلا على غيرة حتى كتب وهم يعلمون ما اذا يملئ ثم اشهدهم وفي باب ما يكون اقرارا لو كتب على نفسه كذا بالف لعلان والقوم ينظرون اليه ويعرفون ما يكتب وقال لهم اشهد واعي بما فيه كان اقرارا وان لم يقل اثم اشهد واهل يكون ذلك اقرارا ذكر ابو اليسر ر ح قيل لا يكون اقرارا وقيل يكون لان الظاهر يدل على ان المال عليه والاحكام انما تبني على ما عليه الظاهر (قواء)

وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندرج بالشبهات ولعله كان مصداقاً للفاذ فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجارا ان ثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخاصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقراران الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا راح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لا بشئ كل واحد منهما حجة ضرورية

قوله وقد ثبت بدون اللفظ كما في بيع التعاطي ونكاح الفضولي مع القدرة على التكلم فلان يثبت هنا العجز متحقق اولى **قوله** لو شهدوا بالوطي الحرام اي مع ان الوطي الحرام مطلقا انما هو الزنا لاحتمال ان يكون حراما مقيدا **قوله** وان لم يوجد التعمد اي لفظ التعمد في الشهادة والاقرار **قوله** ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون الكتابة حجة في حق الاخرس فيكون فيهما روايتان اي في الاخرس والغائب غير الاخرس **قوله** لانه جمع هنا بينهما يتعلق بقوله بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا فيكون دليل كونه مخالفا لما توهمه البعض * (قوله)

وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة
لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما أو يومين
بعارض لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقبل هذا تفسير لمعتقل اللسان *
قال وإذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر
تحري فيها واكل وان كانت الميتة أكثر واكل نصفين لم يוכל

قوله وفي الكتابة زيادة بيان لأنه يفهم المقصود منها بلا شبهة **قوله** لما أنه أقرب إلى
النطق أي الإشارة أقرب إلى الكلام من الكتابة لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار
الأقلام وهي منفصلة عن المتكلم وأما العلم بالحاصل بالإشارة حاصل بما هو متصل
بالتكلم وهو إشارة بيده أو برأسه فكان المتصل بالتكلم أقرب إليه من المنفصل منه
فكان الاعتبار لما هو أقرب إلى الموضوع للبيان أولى وقيل الإشارة أقرب إلى النطق
لما أن النطق لا يبقى أثره وكما بوحديتلاشي وبضمحل فكذا الإشارة بخلاف الكتابة
قوله وكذلك الذي صمت يوما أو يومين بعارض أي لا يجوز إقراره بان أو من
برأسه أي نعم أو كتب وهو معطوف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه
قوله فإن كانت المذبوحة أكثر تحري فيها واكل هذا بخلاف الثياب فإنه
يتحري فيها بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر أو للنجس واستويا وهذا لأن حكم
الثياب أخف ولهذا لو لم يكن معه الاثوب واحد ورعه طاهر يصلي فيه بالاجماع
وإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وأما إذا كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند
محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تنخير بين أن يصلي فيه وبين
أن يصلي مر ياناقعدا بالإيماء فلما جازت الصلوة في ثوب نجس حاله الضرورة فلان
يجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى *

(قوله)

وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار ما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك لان الميئة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتمل ان تكون ذكوة اولى غير انه بتحري لانه طريق يوصله الى الذكوة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو من المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتبارا دفعه لخرج كقليل النجاسة وقيل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميئة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب *

قوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اي بان يجد ذكوة ييقن **قوله** بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميئة اغلب لانه لا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ووجود ذكوة ييقن والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب *



الحمد لله العلي العظيم والصلوة على رسولہ الكريم
على اتمام الجلد الرابع من الهداية مع شرحها الكفايه



أنشياء

اعلموا يا ايها الخلق في ذي المجد والامتنان ان هذا المجلد وكذا المجلد الثالث مشتمل على الهداية والكفاية فالعبارة التي فوق الخطيين المتوازيين هي الهداية والتي تحتها هي الكفاية والخط العرضي المنفرد يميز عبارة البداية التي هي متن الهداية.

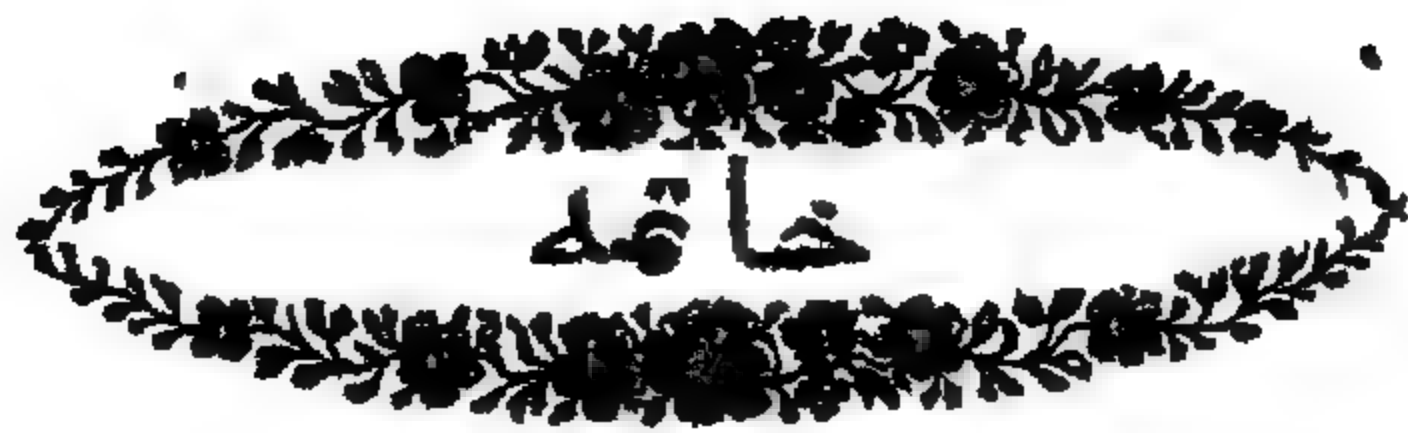
N. B. My worthy Friends, and gentle Readers! Observe, that this consists of the Hidayah and Kifayah, the matter above the pair of parallel lines is the Hidayah, and that below it, the Kifayah; the single lateral line distinguishes the matter of the Bidayah, which is the Text whereof the Hidayah is the Commentary. The same plan is pursued in the third volume.

تنبيه

اعلموا يا ايها الاحباب للعلم ارباب حين الطبع وان كنا
في التصحيح قد بالغنا ومع النسخ الخمس الموجودة قايلا
والعبارة التي في اكثر الكتب وجدنا بعد التصحيح والمقابلة
وتطبيق ما فيها مع الحواشي الاخرات بقينا لكن انتم خبوا
بحقائق انطبع ان المطبوع من الكتب قطعا لا يخلو عن السقم
طبعنا لاجل عدم اعتناء الطابعين واشكال النظر الى كل لفظ
بحيث لا يقع فيه السهو للمصححين فلانقول كله زين ليس فيه
من وجه شين فان وقعتم يا اصحاب دين صحيح على ذين قول
قديم فالعالمول من حسن اخلاكم ان تسبلوا اذ يال العفو عليه
ولا تجعلوا انفسكم من شر ذمة النما مين برمي سهام الطعن اليه
كما هو دين السفهاء اظهارا لتفاخرهم بين اخوانهم الحمقاء *
بل اذا مروا باللغو مروا كراما جزيتهم خيرا عظيما (شعر)
اذا رأيت ائيبا كن ساترا وحليما . يامن يفهم امره لم لا تمر كريبا *

والسلام ختام المرام





خاتمه

لحمد لله رب العالمين هذا هو الكتاب الذي كتبه في سنة ١٢٨٥ هـ ونصلي على من هو كافي بالاعتقاد غايته الكفاية : وبعد فيقول الراجي الى رحمة ربه في بداية الامر والنهاية : عبد المجيد رقا الله تعالى على معراج الدراية : ان الحري ان يدكر نبذة من شأن الهداية مع ما يناسبه المقام فاعلم ان الهداية شرح البداية لشيخ الاسلام والجهير الهمام برهان الدين بن ابي الحسن علي بن عبد الجليل ابي بكر الفرغاني الرشدي كان فقيها حافظا مفسرا محدثا زاهدا ورعا زاهدا نظام برهان دين الله حارس شرعه : ام الكرامة مقتد على علمائه :
: اعلى لواء العلم حتى اصبحت : علماء دين الله تحت لوائه :
لقي الكرام الفخام وماشرا المشايخ العظام واجتهد في معرفة المذهب والخلاف الى ان وصل بهرئبة الاسلاف :
تفقه في اول حاله على والده حتى برع في الفقه : ثم اخذ العلوم من الائمة المشهورين المتبحرين في علوم الدين فمنهم الامام مفتي الثقلين نجيب الدين ابو حفص عمر النسفي : ومنهم الصدر الشهيد حسام الدين عمر :
ومنهم ضياء الدين محمد بن الحسين البيهقي تلميذ علماء الدين السمرقندي صاحب التحفة :
ومنهم ابو عمر عثمان بن علي البيهقي تلميذ شمس الائمة السرخسي : ومنهم قوام الدين احمد بن عبد الرشيد البخاري والد صاحب خلاصة الفتاوى وغيرهم من المشايخ الكرام : وله روح كتاب المشيخة الكرام جمع فيها مشايخه والتجنيس والمزيد : ومناسك الحج : ومجموع النوازل : وكتاب في الفرائض :
وتفقه عليه الهم الغفير فمنهم شمس الائمة محمد بن عبد الستار الكوردي : وشيخ الاسلام جلال الدين محمود بن الحسين الاستروشي والد سيد الدين بن المفتي محمد بن محمود صاحب الفصول : وتفقه عليه ايضا اولاده الامجاد شيخ الاسلام جلال الدين محمد : وشيخ الاسلام نظام الدين عمر وشيخ الاسلام حماد الدين ابوبكر والد صاحب الفصول العمادية : وبالجمله كان مصنف الهداية شيخ شيوخ الاسلام صاحب التخريج والترجيح بين العلماء الاعلام كانت المسائل على حفظه باصولها ونكاتها وكان فارسا في المناظرة مدبر النظر اذا حضر في المجلس كان هو المشار اليه والفتاوى تحمل من اقطار الارض الى ما بين يديه وكانت الطلبة ترحل من البلاد للنفقة عليه وله في العلوم آثار ليس لغيره واقرب له بالفضل والكمال اهل مصره كقاضي خان والصدر الكبير برهان الدين صاحب المحيط البرهاني والشيخ الامام ظهير الدين البخاري صاحب الفتاوى الظهيرية وغيرهم لا سيما بعد تصنيف كتاب الهداية قال الاثني ان صاحب الهداية بقي في تصنيف الهداية ثلاث عشرة سنة وكان صاميا في تلك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى خادمه بطعام كان يقول له خله وروح فاذا راح كان يعطي تلك الطعام واحدا من الطلبة او من الفقراء والمساكين فاذا

اتى الخادم وجد الاناء فارفا يظن انه اكله بنفسه فصاركنا به مقبولاً بين العلماء منتفعاً به ببركة هذه الورقة

نظم لمولانا عماد الدين ابن مصنف الهداية

« كتاب الهداية يهدي الهدى الى حافطيه ويجلو العمى »

« فلا زمه واحفظه يا ذا الحجي » فمن ناله نال اقصى المنى »

واعلم ان صاحب الهداية قد الف اولاً بداية ثم شرحها شرحاً رسمه بكفاية المنتهي ثم صرف عنايه الى شرحه ثانياً وارسمه بالهداية لا حتوائه على اصول الدراية وانطوائه على متون الرواية حيث قال في اول الهداية كان يخطر ببالي عند ابتداء حالي ان يكون في الفقه كتاب فيه من كل نوع صغير الحجر كبير الرسم وحيث وقع الاتفاق بتطابق الطرق وجدت المختصر المنسوب الى القدوري اجمل كتاب في احسن ايجاز واعجاب ورأيت كبراء الدهر يرغبون الصغير والكبير في حفظ الجامع الصغير فهممت ان اجمع بينهما ولا اتجاوز فيه عنهما الا مادعت الضرورة اليه وسميته ببداية المبتدي ولو وفقت لشرحه لا رسمه بكفاية المنتهي ولقد وفقه الله تعالى حيث قال حين بداية الهداية وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله تعالى شرحاً رسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد انكأ عنه انكأ الفراغ تبينت فيه نبذاً من الاطناب وخشيت ان يبحر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عمود الرواية ومتون الدراية تاركاً للزوائد في كل باب معرضاً عن هذا النوع من الاسهاب مع ما به يشتمل على اصول تنسحب عليها فصول واسأل الله تعالى ان يوفقني لانعامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت مسنته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكثر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاصغر والاقصر وللناس فيما يعشقون مذاهب : انتهى * توفي سنة ٥٩٢ هـ

ذكر ان من داه في كتاب الهداية انه اذا قال هذا الحديث محمول على المعنى العلاني يريد به قد حمله على من المعنى اهل الحديث واذا قال يحمله على من اوله بحمله اهل الحديث *

ومنه ان يقول لما بينا في الدليل العقلي ولما تلونا في الدليل الثابت بالكتاب ولما روينا في النابت بالسنة والاثر في النابت بقول الصحابة رض و قد لا يفرق بين الخبر والاثر ويقول فيهما لما روينا ولما ذكرنا فيما هو امر * ومنه اذا قال من فلان يريد به الرواية من ذلك العلان واذا قال عند فلان يريد به من مبه * ومنه انه لا يترك القاء حواب اما اعتماد الظهور المعنى ومنه انه يسقط الواو في ان الوصلية لكن ما روعي هذا عند الطبع * ومنه انه يورد النظم لمسئلة ثم يشير الى النظم باسم الاشارة مما يستعمل للبعيد والى الاول مما يستعمل للقريب *

ومنہ انه يعبر بالفقه عن الدليل العقلي ويقول الفقه فيه كذا * ومنہ انه يرضى المحراب الا خير كانا ما كان *
ومنہ انه اذا قال العبد الضعيف او قال رضي الله عنه يريد به نفسه ولم ير كبر صيغة المتكلم احترازا عن الانانية *
ومنہ انه يذ كرم مسائل القدور في اول ثم يذ كرم مسائل الجامع الصغير في آخر الباب *
ومنہ انه يحجب عن السؤال المقدور ولا يصرح السؤال ولا يقول فان قيل كذا قلنا كذا نعم في ثلثة مواضع
فان قيل قلنا صريحنا في كتاب ادب القاضي في موضعين وفي كتاب الغصب في موضع *
ومنہ انه اذا كان نوع مخالعة بين عبارة لقدور في وبين عبارة الجامع الصغير يصرح بلفظ الجامع *
ومنہ اذا قال والتخريج كذا يريد به تخريج نفسه وينسب تخريج غيره الى صاحبه *

ولرشفة مسائلها ووثاقة دلائلها واحتوائها على امهات المسائل توجهوا الى شرحها الا كابروا الاماثل

فمن شروحيها النهاية لمولانا حسام الدين الحسين بن علي بن الحاج بن علي السفناقي رحمة الله تعالى عليه *
ومنہا بهاية الكفاية لمولانا تاج الشريعة محمود بن عبيد الله بن محمود المحبوبي رحمة الله تعالى عليه *
ومنہا عناية البيان نادرة الاقران للشيخ امام الدين امير كاتب بن امير عمر الاتقائي الحنفي رحمة الله تعالى عليه *
ومنہا معراج الدراره للشيخ الامام محمد بن محمد البخاري المدعو بقوام الدين رحمة الله تعالى عليه *
ومنہا البناء للشيخ قاضي القضاة شمس الدين ابي العباس احمد بن ابراهيم عبد الغني السروجي رحمة الله *
ومنہا حواشي الخباز للشيخ الامام عمر بن محمد بن عمر الشيخ جلال الدين الخبازي رحمة الله *
ومنہا العناية للشيخ مولانا اكمل الدين محمد بن محمود بن احمد الحنفي رحمة الله تعالى عليه *
ومنہا فتح القدور للمعازي الفقير للشيخ الامام الهمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن
مسعود السيواسي ثم الاسكندري العلامة كال الدين ابن الهمام الحنفي رحمة الله تعالى عليه *
ومنہا الكفاية لمولانا السيد جلال الدين الخوارزمي الكرلاني رحمة الله تعالى ولاجل كونه قليلة لمباني
كثيرة المعاني ولحل مطالب الهداية مفيدة في الغاية اخترنا طبعها بفعلنا الله تعالى بمركا بها آمين *

ختتمناها باهمات المسائل في اصول وضوابط محيية لكل سائل بل عقود الحسان في قواعد من سب المعمان

١ ليس الثواب للعباد يحصل الا بنية كما قد نقلوا

٢ كذا لك الامور لمقاصد فاحسن الظن بكل قاصد

٣ كذا اليقين لا يزول فاعرف اذا طرا عليه شك فاقنف

٤ و تحلب المشقة النيسبرا والضرر يزال كن خبيرا

٥ ومادة قد حكمت لتحقيقا قد فاح عرف مسكها فتيقا

١	والاجتهاد ليس حقا ينقض	بالاجتهاد مثله كما قصروا
٢	اذا الحلال والحرام اجتمعا	فالغالب الحرام حتما فاسمعا
٣	ويكره الا يثار حقا في القرب	بما به يكون احراز الرتب
٤	وتابع يكون تابعا فلا	تبغ على الدين القويم معدلا
٥	تصرف الامام في الرعايا	بناط بالمصالح في القصا يا
٦	وقد رأ الحدود بالشبهات	في كل ماض يا اخي وآني
٧	والحرمت اليد ليس بدخل	قاعدة شهيرة يا رجل
٨	ان يجمع امران والجنس احد	وليس في المقصود خلف يعتقد
٩	فغا لبها بينهما التداخل	يكون حقا فاستمع يا فاضل
١٠	كذلك الاعمال للكلام	اولى من الاعمال في المقام
١١	متى يكن ذلك حقا ممكنا	اذا انتفى الامكان اميل علنا
١٢	كذلك الخراج بالضمان	قاعدة شهيرة المعاني
١٣	اذا السؤال تابع الجواب	معه معاديا اولى الالاب
١٤	لساكت لا ينسب المقول	سوى الذي صحت به المقول
١٥	والفرض حتما فاضل للانفل	سوى مسائل انت في النقل
١٦	وكل شيء احده قد حرما	ومثله اعطاؤه فليعلما
١٧	مستعجل بالشئ قبل وقته	موقب بالحرمان ثم مقنه
١٨	ولا ية لها غصوص اقوى	من التي عمت مديت التقوى
١٩	والظن ان يظهر به نوع خطا	فالغده فما له حقا خطا
٢٠	وذكر بعض مادم التجزي	كل ذكر كله بلا تحوز
٢١	مباشر وذو نسب معا	اضف لمن باشر حكمه وسعي

والله ربي يحسن الختام

بمنه وجوده داما



فهرس كتاب الفرائض المسمى بالسراجية

ب	فصل في الموانع
ب	باب معرفة الفروض ومستحبتها
ج	فصل في النساء
ة	باب العصبات
و	باب الحجب
ز	باب مختار ج الفروض
ز	باب العول
ح	فصل في معرفة التماثل والنلاحل والتوافق والتباين بين العدد بين
ح	باب النصحيح
ط	فصل
ي	فصل في قسمة التركات بين الورثة والعزماء
يا	فصل في التتارج
يا	باب الرد
يب	باب مفاسدة الجد
يج	باب المناسخة
يد	باب دوى الارحام
يه	فصل في الصنف الاول
يز	فصل
يح	فصل في الصنف الثاني
بح	فصل في الصنف الثالث
ك	فصل في الصنف الرابع
كا	فصل في اولاد همر
كب	فصل في الجنثي
كج	فصل في الحمل
كه	فصل في المفقود
كه	فصل في المرتد
كو	فصل في الاسير
كو	فصل في الغرقى والحرقى والهد مى
كز	جدول الفرائض





كتاب الفرائض

الحمد لله رب العالمين حمد الشاكرين والصلوة
والسلام على خير البرية محمد وآله الطيبين الطاهرين

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانه انصف العلم
قال علماؤنا رحمهم الله تتعلق بتركة الميت حقوق اربعة مرتبة الاول يبدء بتكفينه
وتجهيزه من غير تبدير ولا تقتير ثم تقضى ديونه من جميع ما بقي من ماله ثم تتفد وصاياه
من ثلث ما بقي من ماله بعد الدين ثم يقسم الباقي من ماله بين ورثته بالكتاب والسنة
واجماع الامة * فيبدء باصحاب الفرائض وهم الذين لهم سهام مقدرة في كتاب الله تعالى
ثم بالعصبات من جهة النسب والعصبة مطلقا كل من يأخذ من التركة ما ابقته اصحاب
الفرائض وعد الافراد يحوز جميع المال ثم بالعصبة من جهة السبب وهو مولى العتاة
ثم عصبة ثم الرد على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم ثم ذوى الارحام ثم مولى الموالاة
ثم المقر له بالنسب على الغير حيث لم يثبت نسبه باقراة من ذلك الغير اذ امانت المقر على
اقراره ثم الموصى له بجميع المال ثم بيت المال *

ب (كتاب الفرائض ٠٠ فصل في الموانع ٠٠ باب معرفة الفروض ومستحقيها)

فصل في الموانع

الموانع من الارث اربعة الرق واقرار كان او ناقصا والقتل الذي يتعلق به وجوب القصاص او الكفارة واختلاف الدينين واختلاف الدارين اما حقيقة كالحربي والذمي او حكما كالمستأن من والذمي او الحريرين من دارين مختلفين والداران اما تختلف باختلاف المنعة والملك لا تقطع العصمة فيما بينهم *

باب معرفة الفروض ومستحقيها

الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة النصف والرَّبع والثمن والثُلثان والثُلث والسدس على التضعيف والتتصيف واصحاب هذه السهام اثنا عشر نفرا اربعة من الرجال وهم الاب والجد الصحيح وهواب الاب وان علا والاخ لام والزوج وثمان من النساء الزوجة والبنت وبنت الابن وان سفلت والاخت لاب وام والاخت لاب والاخت لام والام والجدة الصحيحة وهي التي لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد *

احوال الاب اما الاب فله احوال ثلث الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن او ابن الابن وان سفلت والفرض والتعصيب معا وذلك مع الابنة وابنة الابن وان سفلت والتعصيب

الجد المحض وذلك عند عدم الولد وولد الابن وان سفلت والجد الصحيح كلاب الابن في اربع مسائل وسند كرها في مواضعها ان شاء الله تعالى ويستط الجواب بالاب لان الاب اصل

في قرابة الجد الى الميت والجد الصحيح هو الذي لا تدخل في نسبته الى الميت ام *

اولاد الام واما اولاد الام فاحوال ثلث السدس للواحد والثلث للاثنتين فصاعدا ذكورهم واناثهم

في القسمة والاستحقاق سواء يستقون بالولد وولد الابن وان سفلت وبالجد بالاتفاق *

الزوج واما للزوج فحالتان النصف عند عدم الولد وولد الابن وان سفلت والربع مع الولد

او ولد الابن وان سفل *

(كتاب الفرائض ٠٠ باب معرفة الفروض ومستحقها ٠٠ فصل في النساء) ج

فصل في النساء

للزوجات حالان الربع للواحدة فصاعداً عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفلت والثمن الزوجة
مع الولد أو ولد الابن وإن سفلت * وأما البنات الصلب فاحوال ثلث النصف للواحدة * والثلثان بغات الصلب
للاثنتين فصاعداً * ومع الابن للذكر مثل حظ الانثيين وهو يعصبهن * وبنات الابن كبنات بنات الابن
الصلب واهن احوال ست النصف للواحدة * والثلثان للاثنتين فصاعداً عند عدم بنات
الصلب * ولهن السدس مع الواحدة الصابية تكملة للثلثين * ولا يرثن مع الصليبتين * الا ان يكون
بحدائهن أو اسفل منهن غلام فيعصبهن والباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين * ويسقطن
كلهن بالابن * ولو ترك ثلث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن آخر
بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض بهذه الصورة

الفريق الاول	الفريق الثاني	الفريق الثالث
ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد والوسطى من الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق
الثاني والسفلى من الفريق الاول توازيها الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق
الثالث والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث والسفلى من الفريق
الثالث لا يوازيها احد اذا عرفت هذا فنقول للعليا من الفريق الاول النصف وللوسطى
من الفريق الاول مع من يوازيها من الفريق الثاني السدس تكملة للثلثين ولا شيء

د (كتاب الفرائض . باب معرفة الفروض ومستحقها . فصل في النساء)

للسفليات الا ان يكون معهن غلام فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم يكن
 الاخوات لاب وام ذات سهم ويسقط من دونه يسمى مسئلة التشبيب . واما للاخوات لاب وام فاحوال خمس
 النصف للواحدة . والثلاثان للاثنتين فصاعدا . ومع الاخ لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين يصرن
 به عصبه لا ستوائهم في القرابة الى الميت . ولهن الباقي مع البنات او بنات الابن لقوله عليه السلام
 اجعلوا الاخوات مع البنات عصبه . والاخوات لاب كالاخوات لاب وام ولهن احوال
 اخوات لاب سبع النصف للواحدة . والثلاثان للاثنتين فصاعدا عند عدم الاخوات لاب وام . ولهن
 السدس مع الاخت لاب وام تكملة للثلثين . ولا يرثن مع الاختين لاب وام . الا ان يكون
 معهن اخ لاب فيعصبهن والباقي بينهما للذكر مثل حظ الانثيين . والسادسة ان يصرن عصبه
 مع البنات او بنات الابن لما ذكرناه وبنو الاعيان والعلات كلهم يسقطون بالابن وابن
 الابن وان سفل وبالأب بالاتفاق وبالجدة عند ابي حنيفة رح . ويسقط بنو العلات ايضا
 ام بالاخ لاب وام وكذلك بالاخت لاب وام اذا صارت عصبه . واما للام فاحوال ثلث
 السدس مع الولد او ولد الابن وان سفل او مع الاثنتين من الاخوة والاخوات فصاعدا
 من اي جهة كانا . وثلث الكل عند عدم هؤلاء المذكورين . وثلث ما بقي بعد فرض احد
 الزوجين وذلك في المسئلتين احدهما زوج وابوان والثانية زوجة وابوان ولو كان
 مكان الاب جد فللام ثلث جميع المال الا عند ابي يوسف رحمه الله فان لها ثلث الباقي .
 الجدة وللجدة السدس لام كانت اولاب واحدة كانت او اكثر اذا كن ثابتات متحاذيات
 في الدرجة . ويسقطن كلهن بالام والابويات ايضا بالاب وكذلك بالجدة الام الاب
 وان علت فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله والقريب من اي جهة كانت تحجب
 البعدي من اي جهة كانت وارثة كانت القريب او محجوبة فاذا مات رجل عن اب وام
 الاب وام ام الام فالتركة كلها للاب لان الجدة من جهة الاب سقطت بالاب
 وهي تحجب ام ام الام لانها البعدي واذا كانت الجدة ذات قرابة واحدة
 كام ام الاب والاخرى ذات قرابتين او اكثر كام ام الام وهي ايضا ام اب الاب

بهذه الصـورة

ام
 ام
 ام
 اب
 ام
 اب
 ام

يقسم السدس بينهما عند أبي يوسف رحمه الله انصافا باعتبار الابدان وعند محمد رحمه الله اثلاثا باعتبار الجهات *

باب العصبات

العصبات النسبية ثلثة عصبه بنفسه * وعصبه بغيره * وعصبه مع غيره * أما العصبه
 بنفسه فكل ذكر لا تدخل في نسبته الى الميت انتهى وهم اربعة اصناف جزء الميت *
 واصله * وجزء ابيه * وجزء جده * الاقرب فالاقرب يرجحون بقرب الدرجة اعني به
 اولهم بالميراث جزء الميت اي البنون ثم بنوهم وان سفلوا ثم اصله اي الاب ثم
 الجد اي اب الاب وان علا * ثم جزء ابيه اي الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم جزء جده
 اي الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا * ثم يرجحون بقوة القرابة اعني به ان ذا المقربين
 اولي من ذي قرابة واحدة ذكرا كان او انثى لقوله عليه السلام ان اعيان بني
 الاب والام يتوارثون دون بني العلات كالاخ لاب وام اذا صارت عصبه مع البنت
 اولي من الاخ لاب والاخت لاب وابن الاخ لاب وام اولي من ابن الاخ لاب

(كتاب الفرائض .. باب الحجب)

وكذلك الحكم في اعمام الميت ثم في اعمام ابيه ثم في اعمام جده ☞ وأما العصبه بغيره
فاربعة من النسوة وهن اللاتي فرضهن النصف والثلاثان يصرن عصبه باخوتهن
كما ذكرنا في حالاتهن ومن لا فرض لها من الاناث واخوها عصبه لا تصير عصبه
باخيها كالعم والعمة المال كله للعم دون العمة ☞ وأما العصبه مع غيره فكل
اشي تصير عصبه مع اشي اخرى كالاخت مع البنت كما ذكرنا * وآخر
العصبات مولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب الذي ذكرناه لقوله عليه السلام الولاء
لحمه كلحمه النسب ولاشي للاناث من ورثة المعتق من الولاء لقوله عليه السلام
ليس للنساء من الولاء شي الا ما اعتقن او اعنق من اعتقن او كاتبن او كاتب من
كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جرولاء معتقهن او معتق معتقهن * ولو ترك ابن
المعتق وابنه عند أبي يوسف رحمه الله سدس الولاء للاب والباقي لابن وعند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله الولاء كله لابن فلاشي للاب * ولو ترك ابن المعتق وحده
فالولاء كله لابن بالاتفاق * ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه ويكون
ولاء له كمثل بنات للكبرى ثلثون ديناراً وللصغرى عشرون ديناراً فاشترتا اباهما
بالخمسين ثم مات الاب وترك شيئاً فالثلاثان بينهما اثلاً بالعرض والباقي بين
مشتريتي الاب اخماساً بالولاء ثلثة اخماسه للكبرى وخمسة للصغرى وتصح
من خمسة واربعين *

باب الحجب

الحجب نوعان حجب نقصان وهو حجب عن سهم الى سهم وذلك لخمسه نفر للزوجين
والام وبنت الابن والاخت لاب وقد مربيانه * وحجب حرمان * والورثة فيه فريقان
فريق لا يحجبون بحال البنة وهم ستة الابن * والاب * والزوج * والبنت * والام *
والزوجة * وفريق يرتون بحال ويحجبون بحال وهذا مبني على اصلين احدهما هو ان

(كتاب الفرائض : باب مخارج الفروض : باب العول) ز

كل من يدلي الى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى اولاد الام
فانهم يرثون معها لانعدام استحقاقها جميع التركة : والثاني الاقرب فالاقرب كما ذكرنا
في العصبات * والمحروم لا يحجب عندنا وعند ابن مسعود رضي الله عنه يحجب حجب
السقسان كالكاfer والفاتل والرفيق * والمحجوب يحجب غيره بالاتفاق كالاثنين من
الاخوة والاخوات فصاعدا من اي جهة كانا فانهما لا يرثان مع الاب ولكن يحجبان
الام من الثلث الى السدس *

باب مخارج الفروض

اعلم ان الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى نوعان الاول النصف : والرابع : والذين
والثاني الثلثان : والثلث : والسدس : على التضعيف والتتصيف فاذا جاء في المسائل من هذه
الفروض احاداً واحداً فمخرج كل فرض سمي به الا النصف وهو من اثنين كالربع من اربعة
والثلث من ثمانية والثالث من ثلثة واذا جاء مثني او ثلث وهما من نوع واحد فكل عدد
يكون مخرجاً للجزء فذلك العدد ايضا يكون مخرجاً للضعف ذلك الجزء والضعف
ضعفه كالسنة هو مخرج للسدس ولضعفه ولضعفه ضعفه : واذا اختلف النصف من
النوع الاول بكل الثاني او ببعضه فهو من ستة واذا اختلف الربع من الاول بكل الثاني
او ببعضه فهو من اثنين عشر واذا اختلف الثلث من الاول بكل الثاني او ببعضه فهو
من اربعة وعشرين *

باب العول

العول ان يزداد على المخرج شيء من اجزائه اذا ضاق عن فرض اعلم ان مجموع
المخارج سبعة اربعة منها لا تعول وهي الاثنان : والثلاثة : والاربعة : والثمانية :
وثلثة منها تعول اما السنة فانها تعول الى عشرة وتراوشعاً واما اثنا عشر فهي تعول الى

ح (كتاب الفرائض ٠٠ فصل التماثل والتداخل والتوافق والتباين ٠٠ باب التصحيح)
سبعة عشرون أما أربعة وعشرون فانها تعول الى سبعة وعشرين عولا واحدا
كالمسئلة المنبرية وهي امرأة و بنتان و ابوان و لا يزداد على هذا الا عند ابن مسعود
رضي الله عنه فان عنده تعول الى احدى وثلثين كالمراة و ام و ابن قاتل و اختين ل اب
وام و اختين لام *

فصل في معرفة التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين

تماثل العددين كون احدهما مساويا للآخر * و تداخل العددين المختلفين
ان يعد اقلهما الاكثر اي يفنيه * او تقول هو ان تكون اكثر العددين منقسما على
الاقل قسمة صحيحة * او تقول هو ان زيد على الاقل مثله او امثاله فيساوي الاكثر *
او تقول هو ان يكون الاقل جزءا للاكثر مثل ثلثة وتسعة * و توافق العددين ان لا يعد
اقلهما الاكثر ولكن يعد هما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين تعد هما اربعة فهما
متوافقان بالربع لان العدد العادل هما مخرج لجزء الوفاق * و تباين العددين ان لا يعد
العددين معا عدد ثالث كالتسعة مع العشرة * و طريق معرفة الموافقة والمباينة بين
العددين المختلفين ان ينقص من الاكثر بمقدار الاقل من الجانبين مرة او مرارا حتى
اتفقا في درجة واحدة فان اتفقا في واحد فلا وفق بينهما وان اتفقا في عدد فهما متوافقان
بذلك العدد ففي الاثنين بالنصف وفي الثلثة بالثلث وفي الاربعة بالربع هكذا الى
العشرة وفيما وراء العشرة يتوافقان بجزء اعني في احد عشر بجزء من احد عشر وفي
خمسة عشر بجزء من خمسة عشر فاعتبر هذا *

باب التصحيح

يحتاج في تصحيح المسائل الى سبعة اصول ثلثة منها بين السهام والرؤس * و اربعة منها بين
الرؤس والرؤس * أما الثلثة فاحدهما ان كانت سهام كل فريق منقسمة عايتهم بلا كسر

(كتاب الفرائض .. باب ذوى الارحام .. فصل فى الصنف الثالث) يط

الابدان : وعند محمد رحمه الله تعالى (المال بينها) انصافا باعتبار الاصول
بهذه الصـورة

الاخت لام

بنت

ابن

ا

الاخ لام

ابن

بنت

ا

وان استنوا فى القرب وليس فيهم واد عصبة : او كان كلهم اولاد العصبات :
او كان بعضهم اولاد العصبات : وبعضهم اولاد اصحاب الفرائض : فابو يوسف
رحمه الله تعالى يعتبر الاقوى : ومحمد رحمه الله تعالى يقسم المال على
الاخوة والاخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الاصول : فما اصاب
كل فريق يقسم بين فروعهم كما فى الصنف الاول : كما اذا ترك ثلث
بنات اخوة متفرقين : وكذا ثلثة بنين وثلث بنات اخوات متفرقات
بهذه الصـورة

اخ لاب وام اخ لاب اخ لام اخت لاب وام اخت لاب اخت لام

بنت بنت بنت بنت بنت بنت بنت بنت

عند ابي يوسف رحمه الله يقسم كل المال بين فروع بنى الاعيان : ثم بين فروع بنى
العلات : ثم بين فروع بنى الاخياف للذكر مثل حظ الانثيين ارباعا باعتبار الابدان

ك (كتاب الفرائض : باب ذوى الارحام : فصل فى الصنف الرابع)

وعند محمد رحمه الله يقسم ثلث المال بين فروع بنى الاخياف على السوية اثلاثا لا استواء
اصولهم فى القسمة والباقي بين فروع بنى الاعيان انصافا باعتبار عدد الفروع فى الاصول
نصفه لبنت الاخ نصيب ابيها والنصف الآخريين ولدى الاخت للذكر مثل حظ
الانثيين باعتبار الابدان : ونصيب من تسعة : ولو ترك ثلث بنات بنى اخوة متفرقين
بهذه الصـ

الاخ لاب وام	الاخ لاب	الاخ لام
ابن	ابن	ابن
بنت	بنت	بنت

المال كله لبنت ابن الاخ لاب وام بالاتفاق لانها ولد العصة ولها ايضا قوة القرابة *

فصل فى الصنف الرابع

الحكم فيهم انه اذا انفرد واحد منهم استحق المال كله لعدم المزاحم وان اجتمعوا
وكان حيز قرابتهم متحدا كالعمات والاعمام لام او الاخوال والخالات فلاقوى
منهم اولى بالاجماع اعني من كان لاب وام اولى بالميراث ممن كان لاب
ومن كان لاب اولى ممن كان لام ذكورا كانوا او اناثا وان كانوا ذكورا
واناثا واستوت قرابتهم فللذكر مثل حظ الانثيين كعم وعمة كلاهما لام
او خال وخالة كلاهما لاب وام او لاب اولام وان كان حيز قرابتهم مختلفا فلا اعتبار
لقوة القرابة كعمة لاب وام وخالة لام او خالة لاب وام وعدة لام فالثان لقربة
الاب وهو نصيب الاب والثلث لقربة الام وهو نصيب الام : ثم ما اصاب
كل فرقة يقسم بينهم كما لو اتحد حيز قرابتهم *

يحي (كتاب الفرائض . . باب ذوى الارحام . . فصل فى الصنف الثانى)

عند ابي يوسف رحمه الله تعالى يكون المال بينهم اثلاثا وصار كانه ترك اربع بنات وابنا ثلثاه للبنتين وثلثه للابن . وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم المال بينهم على ثمانية وعشرين سهما للبنتين اثنان وعشرون سهما ستة عشر سهما من قبل ابيهما وستة اسهم من قبل امهما وللابن ستة اسهم من قبل امه *

فصل فى الصنف الثانى

اولهم بالميراث اقربهم الى الميت من اى جهة كان (فاب الام اولى من اب ام الام) . وعند الاستواء فمن كان يدلى بوارث فهو اولى (كاب ام الام اولى من اب اب ام الام) عند ابي سهل الفرائضى وابي فضل الخفاف وعلي بن عيسى البصري . ولا تفضيل له عند ابي سليمان الجرجاني وابي علي البستي . وان استوت منازلهم وليس فيهم من يدلى بوارث او كان كلهم يدلون بوارث واتفقت صفة من يدلون بهم واتحدت قرابتهم فالقسمة حينئذ على ابدانهم وان اختلفت صفة من يدلون بهم يقسم المال على اول بطن اختلف كما فى الصنف الاول . وان اختلفت قرابتهم فالثلاثان لقرابة الاب وهو نصيب الاب والثلث لقرابة الام وهو نصيب الام . ثم ما اصاب لكل فريق يقسم بينهم كما لو اتحدت قرابتهم *

فصل فى الصنف الثالث

الحكم فيهم كالحكم فى الصنف الاول اعني اولهم بالميراث اقربهم الى الميت . وان استووا فى القرب فولد العصة اولى من ولد ذوى الارحام كبت ابن الاخ وابن بنت الاخت كلاهما لاب وام اولاب او احدهما لاب وام والاخر لاب المال كله لبنت ابن الاخ لانها ولد العصة . ولو كان الام كان المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين . عند ابي يوسف رحمه الله تعالى باعتبار

(كتاب الفرائض ٠٠٠ فصل) ط

فلا حاجة الى الضرب كابوين وبنيتين * والثاني ان انكسر على طائفة واحدة نصيبهم ولكن بين سهامهم ورؤسهم موافقة فيضرب وفق عدد رؤس من انكسرت عليهم السهام في اصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة كابوين وعشرين بنات * او زوج وابوين وست بنات * والثالث ان لا تكون بين سهامهم ورؤسهم موافقة فيضرب كل عدد رؤس من انكسرت عليهم السهام في اصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة كاب وام وخمس بنات * او زوج وخمس اخوات لاب وام * واما الاربعة فاحدها ان يكون الكسر على طائفتين او اكثر ولكن بين اعداد رؤسهم مماثلة فالحكم فيها ان يضرب احدا لاعداد في اصل المسئلة مثل ست بنات وثلاث جدات وثلاثة اعمام * والثاني ان يكون بعض الاعداد متداخلا في البعض فالحكم فيها ان يضرب اكثر الاعداد في اصل المسئلة مثل اربع زوجات وثلاث جدات واثنين شرعا * والثالث ان يوافق بعض الاعداد بعضا فالحكم فيها ان يضرب وفق احدا لاعداد في جميع الثاني ثم ما بلغ في وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث والا فالمبلغ في جميع الثالث ثم المبلغ في الرابع كذلك ثم المبلغ في اصل المسئلة كاربعة زوجات وثمانية بنات وخمس عشرة جدة وستة اعمام * والرابع ان تكون الاعداد متباينة لا يوافق بعضها بعضا فالحكم فيها ان يضرب احدا لاعداد في جميع الثاني ثم ما بلغ في جميع الثالث ثم ما بلغ في جميع الرابع ثم ما اجتمع في اصل المسئلة كما مرأتين وست جدات وعشرين بنات وسبعة اعمام *

فصل

واذا اردت ان تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة فما حصل فذلك نصيب ذلك الفريق * واذا اردت ان تعرف نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق من التصحيح فانقسم ما كان

ي (كتاب الفرائض ١٠٠ فصل في قسمة التركات بين الورثة والغرماء)

لكل فريق من اصل المسئلة على عدد رؤسهم ثم اضرب الخارج في المضروب
فالحاصل نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق * ووجه آخر وهو ان تقسم
المضروب على اي فريق شئت ثم اضرب الخارج (في نصيب الفريق الذي قسمت
عليهم المضروب) فالحاصل نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق * ووجه
آخر وهو طريق النسبة وهو الا وضح وهو ان تنسب سهام كل فريق من اصل
المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم تعطي بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد
من آحاد ذلك الفريق *

فصل في قسمة التركات بين الورثة والغرماء

اذا كان بين التصحيح والتركة مباينة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع
التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح : مثاله بنتان وابوان والتركة سبعة دنانير واذا كان
بين التصحيح والتركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة
ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح فالخارج نصيب ذلك الوارث في الوجهين
هذا لمعرفة نصيب كل فرد : اما لمعرفة نصيب كل فريق منهم فاضرب ما كان لكل
فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق المسئلة ان كان
بين التركة والمسئلة موافقة : وان كان بينهما مباينة فاضرب في كل التركة
ثم اقسم الحاصل على جميع المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الوجهين *
اما في قضاء الديون فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث في العمل ومجموع
الديون بمنزلة التصحيح وان كان في التركة كسور فابسط التركة والمسئلة
كليهما اي اجعلهما من جنس الكسر ثم قدم فيه ما رسمناه *

فصل في التخرج

من صالح على شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسام ما بقي من التركة على سهام الباقيين كزوج وام وعم فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر وخارج من البين فيقسم باقي التركة بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامهما سهمان للام وسهم للعم * او زوجة واربعة بنين فصالح احد البنين على شيء وخارج من البين فيقسم باقي التركة على خمسة وعشرين سهما للمرأة اربعة اسهم ولكل ابن سبعة *

باب الرد

الرد ضد العول ما فضل عن فرض ذوى الفروض ولا مستحق له يرد على ذوى الفروض بقدر حقوقهم الا على الزوجين * وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم * وبه اخذ اصحابنا رحمهم الله * وقال زيد بن ثابت الفاضل لبیت المال * وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله * ثم مسائل الباب على اقسام اربعة * احدها ان يكون في المسئلة جنس واحد ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فاجعل المسئلة من رؤسهم كما لو ترك بنتين او اختين او جدتين فاجعل المسئلة من اثنين * والثاني اذا اجتمع في المسئلة جنسان او ثلثة اجناس * ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فاجعل المسئلة من سهامهم اعني من اثنين اذا كان في المسئلة سدان او من ثلثة اذا كان فيها ثلث وسدس او من اربعة اذا كان فيها نصف وسدس او من خمسة اذا كان فيها ثلثان وسدس او نصف وسدس او نصف وثلث * والثالث ان يكون مع الاول من لا يرد عليه فاعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه فان استقام الباقي على عدد رؤس من يرد عليه فيها كزوج وثلث بنات * وان لم يستقم فاضرب وقف رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه ان وافق رؤسهم

الباقي كزوج وست بنات * والافاضرب كل رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه
فالمبلغ تصحيح المسئلة كزوج وخمس بنات * والرابع ان يكون مع الثاني
من لا يرد عليه فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه
فان استقام فيها * وهذا في صورة واحدة وهي ان يكون للزوجات الربع والباقي
بين اهل الرد اثلاثا كزوجة واربع جدات وست اخوات لام * وان لم يستقم فاضرب
جميع مسئلة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ مخرج فرض
الفريقين كاربعة زوجات وتسع بنات وست جدات ثم اضرب سهام من لا يرد عليه
في مسئلة من يرد عليه وسهام كل فريق ممن يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض
من لا يرد عليه وان انكسر على البعض فتصحيح المسائل بالاصول المذكورة *

باب مقاسمة الجدد

قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه ومن تابعه من الصحابة بنوا الاعيان وبنو العلات لا يرثون
مع الجدد وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وبه يفتي * وقال زيد بن ثابت رحمه الله يرثون
مع الجدد لا ستوائهم في القرابة الى الاب وهو قولهما وقول مالك والشافعي رحمه الله *
وعند زيد بن ثابت للجدد مع بنى الاعيان وبنى العلات افضل الامرين من المقاسمة
ومن ثلث جميع المال * وتفسير المقاسمة ان يجعل الجدد في القسمة كاحد من الاخوة
وبنو العلات يدخلون في القسمة مع بنى الاعيان اضرا را للجدد فاذا اخذ الجدد
نصيبه فبنو العلات يخرجون من البين خائبين بغير شيء والباقي لبنى الاعيان الا اذا
كانت من بنى الاعيان اخت واحدة فانها اذا اخذت فرضها اعني نصف الكل
بعد نصيب الجدد فان بقي شيء فلبنى العلات والا فلا شيء لهم كجد واخت لاب
وام واختين لاب فبقي للاختين لاب عشر المال وتصح من عشرين ولو كانت
في هذه المسئلة اخت لاب فلم يبق لها شيء وان اختلط بهم ذوو سهم فللجد هنا

افضل الامور ان
ما بقي كجد وجدة واخوين
واخوين * واذا كان ثلث الباقي خيرا
مخرج الثلث في اصل المسئلة : فان تركت جدا وزوجا وبسر
فالسدس خير للجد وتقول المسئلة الى ثلثة عشر ولا شيء للاخت * واعلم
ثابت رضي الله عنه لا يجعل الاخت لاب وام اولاب صاحبة فرض مع الجدا في المسئلة
الاكدرية وهي زوج وام وجد واخت لاب وام اولاب : فللزوجة النصف وللأم الثلث
ولللجد السدس وللأخت النصف ثم يضم الجدة نصيبه الى نصيب الأخت فيقسمان
للكرم مثل حظ الانثيين لان المقاسمة خير للجد : اصلها من ستة وتقول الى تسعة وتصح
من سبعة وعشرين * وانما سميت اكدرية لانها واقعة امرأة من بني اكدر :
(وقال بعضهم سميت اكدرية لانها اكدرت على زيد بن ثابت رضي الله عنه مذهبه) *
ولو كان مكان الاخت اخ او اختان فلا عول ولا اكدرية (ولا ميراث الاخ
لانه عصبة والاخت صاحبة فرض) *

باب المناسحة

ولو صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة كزوج وبنت وام فمات الزوج قبل
القسمة عن امرأة وابوين : ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة : ثم ماتت الجدة
عن زوج واخوين : فالاصل فيه ان تصح مسألة الميت الاول وتعطي سهام كل وارث
من التصحيح ثم تصح مسألة الميت الثاني وتنظر بين ما في يده من التصحيح الاول وبين
التصحيح الثاني ثلثة احوال فان استقام ما في يده من التصحيح الاول على التصحيح
الثاني فلا حاجة الى الضرب : وان لم يستقم فانظر ان كان بينهما موافقة فاضرب وفق
التصحيح الثاني في جميع التصحيح الاول : وان كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح

للخنثى المشكل اقل النصيبين اعني اسوء الحالين ~~عليها~~ حذيفة رحمه الله تعالى
 واصحابه . وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم . وعليه الفتوى كما
 اذا ترك ابنا وبنتا وخنثى . للخنثى نصيب بنت لانه متيقن . وعندنا من الشعبي
 رحمه الله تعالى . وهو قول ابن عباس رحمه الله تعالى للخنثى نصف النصيبين بالمأزعة .
 واختلفا في تخريج قول الشعبي . قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : لا بين سهم واللبنت
 نصف سهم وللخنثى ثلثة ارباع سهم لان الخنثى يستحق سهمان ان كان ذكره
 ونصف سهم ان كان انثى . وهذا متيقن فياخذ نصف النصيبين . او نقول ياخذ
 النصف المتيقن مع نصف النصف المتنازع فيه فصارت له ثلثة ارباع سهم لانه يعتبر
 السهام والعول . (او نقول لو كان الخنثى مفردا يستحق جميع المال ان كان
 ذكرا ونصف المال ان كان انثى فله نصفهما وهو ثلثة ارباع المال وللابن مال
 وللبنت نصف مال مجموعهما مالان وربع مال فولا ومضاربة) وتصح من تسعة .
 او نقول للابن سهمان واللبنت سهم وللخنثى نصف النصيبين وهو سهم ونصف سهم .
 وقال محمد رحمه الله تعالى يأخذ الخنثى خمسي المال ان كان ذكرا وربع المال
 ان كان انثى فياخذ نصف النصيبين وذلك خمس وثمان باعتبار الحالين . وتصح
 من اربعين وهو المجتمع من ضرب احدى المستاتين وهي الاربعة في الاخرى
 الخمسة . ثم المبلغ وهو عشرون في الحالين فمن كان له شيء من الخمسة فمضر
 في الاربعة . ومن كان له شيء من الاربعة فمضروب في الخمسة فصارت له
 ضربين ثلثة عشر سهمها وللابن ثمانية عشر سهمها واللبنت تسعة اسهم *

باب الفرائض ... باب ذوى الارحام ... غما في اولادهم

فصل فيهم كالحكم في الرضا الاول اعني اولهم بالميراث اقربهم الى الميت
من اي جهة كان * وان استوا في القرب وكان حيز قرابتهم متحدا فمن كانت له
قوة القرابة فهو اولى بالاجماع * وان استوا في القرب والقرابة وكان حيز قرابتهم
متحدا فواد العصبه اولى كينت العم وابن العمه كلاهما لاب وام اولاب المال كله
لبنت العم لانها ولد العصبه * وان كان احدهما لاب وام والاخر لاب المال كله
لمن كان له قوة القرابة في ظاهر الرواية قياسا على خالة لاب مع كونها ولد ذى الرحم
هي اولى لقوة القرابة من الخالة لام مع كونها واد الوارث لان الترجيح بمعنى فيه
هو قوة القرابة اولى من الترجيح بمعنى في غيره وهو الاداء بالوارث * وقال بعضهم
المال كله لبنت العم لاب لانها ولد العصبه وان استوا في القرب ولكن اختلف حيز
قرابتهم فلا اعتبار لقوة القرابة ولا لولد العصبه في ظاهر الرواية قياسا على عمه لاب
وام مع كونها ذات القرابتين وواد الوارث من الجهتين هي ليست باولى من الخالة
لاب اولام لكن الثلثين لمن يدعي بقرابة الاب فتعتبر فيهم قوة القرابة ثم ولد العصبه
والثلث لمن يدلي بقرابة الام وتعتبر فيهم قوة القرابة * ثم عند ابي يوسف رحمه الله تعالى
ما اصاب لكل فريق يقسم على ابدان فروعهم مع اعتبار عدد الجهات في الفروع * وعند
محمد رحمه الله تعالى يقسم المال على اول بطن اختلف مع اعتبار عدد الفروع والجهات
في الاصول كما في الصنف الاول * ثم ينتقل هذا الحكم الى جهة عمومة ابويه وحوّلتهما
ثم الى اولادهم * ثم الى جهة عمومة ابوي ابويه وحوّلتهما * ثم الى اولادهم
كذا في العصبات *

(كتاب الفرائض .. بباب ذوى الارحام .. فصل ..)

اب الام (لان عندها كل واحد منهم أولى من فرعته وفرعه وان سئل
أولى من أصله)

فصل فى الصنف الأول

أولهم بالميراث أقربهم إلى الميت كبنات البنت فإنها أولى من بنت بنت
الاب وإن استووا فى الدرجة فولد الوارث أولى من ولد ذوى الارحام
كبنات بنت الابن أولى من ابن بنت البنت * وإن استوت درجاتهم
ولم يكن فيهم ولد الوارث او كان كلهم يدعون بوارث عند أبي يوسف
رحمه الله تعالى والحسن بن زياد يعتبر بداران التروع وينقسم المال ما بينهم سواء
اتفقت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة واختلافت * ومحمد رحمه

يعتبر بداران التروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما ويعتبر بداران الاصول
ان اختلفت صفاتهم ويعطى الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك
ابن بنت وبنت بنت * عند هذا يكون المال بينهما لذكر أصل حظ الأنثى باعتبار
الابدان وعند محمد رحمه الله كذلك لان صفة الاصول متفقة * ولو ترك

بنت ابن بنت وابن بنت بنت * عند هذا المال من الفروع اثلا لدار اعتبارا لادنان
نماه لاذكروا تلكه للاثني * وعند محمد رحمه الله المال بين الاصول اعنى

فى البطن الا انى الا ناداه لبنت ابن البنت نصيب ابنيها ونفسه لابن بنت البنت
نصيب امه * وكذلك عند محمد رحمه الله اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة
يقسم المال على اول بطن اختلف فى الاصول ثم يجعل الذكور طائفة والاناث
طائفة اخرى بعد القسمة بما اصاب الذكور بجمع ويقسم على اعلى الخلاف
الذى وقع فى اولادهم وكذلك ما اصاب الاناث وهكذا يعمل . . .
هذه الصب